Die Geschäftsübernahme bei der zweigliedrigen offenen Handelsgesellschaft, und die Forthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters aus Lieferungs-Verträgen.

Dr. jur. Hans Diester.

Die Geschäftsübernahme bei der zweigliedrigen offenen Handelsgesellschaft und die Forthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters aus Lieferungsverträgen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät der Philipps-Universität

zu Marburg

vorgelegt von

Hans Diester,

Referendar

Oktober 1919.

Schwelm,

Buchdruckerei M. Scherz.

1920.

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit gewidmet.

Referent:

Univ.-Prof. Dr. Mayer-Homberg.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Adler, Der Passivenübergang bei der Geschäftsübernahme. Kohlers Archiv Bd. 3.

Berolzheimer, Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 4. München 1907. (Bd. 4: Philosophie des Vermögens.)

Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Brand, Handelsgesetzbuch; Berlin 1911.

Denkschrift, s. Mugdan.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und von Preußen. 2. u. 3. Auflage, 1915.

Dernburg, Das Sachenrecht des Deutschen Reiches und von Preußen. 2. Auflage, Halle 1901.

Dorst, Folgerungen aus dem Urteil des R. G. in Bd. 65, 225. Zeitschrift für das Notariat, 52. Jahrgang. 07.

Düringer-Hachenburg, Handelsgesetzbuch, 1917.

Enneccerus, Kipp und Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1, Teil 1 und 2. Marburg 1913.

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs nebst Denkschrift. Amtl. Ausgabe, Berlin 1906.

Gareis, Lehrbuch des Handelsrechts.

Gierke v., Genossenschaftstheorie und deutsche Rechtsprechung. 1887.

Goldmann, Handelsgesetzbuch, Bd. 2. Berlin 1905.

Hahn, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 6: Materialien zum Hgb. Berlin 1897.

Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht.

Jahrbuch des deutschen Rechts. Herausgegeben von Neumann.

Johow-Ring, Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts. Reihe A.

Juristische Wochenschrift.

Keyßner, Die Erhaltung der Handelsgesellschaft. Berlin 1870.

Kohler, Das Vermögen als Einheit. Kohlers Archiv Bd. 2. (1903.)
Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts; 1908.
Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.
Leonhard, Die Beweislast; Berlin 1904.
Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch; 12. Auflage, 1901.
Markus, Der Rechtscharakter der Geschäftsübernahme des § 142, in der Monatsschrift für Handelsrecht, Holdheim. 15. Jahrgang, 1906.
Motive zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs.
Neukamp, Die Geschäftsanteile der G. m. b. H., Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht; Bd. 57, Jahrgang 1905.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 1910.
Planck, Recht der Schuldverhältnisse, 1907.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs zum Bgb. Bd. 2, Berlin 1898.
Recht, Das; Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Reichel, Schuldmitübernahme.
Ritter, Handelsgesetzbuch, 1910.
Seuffert, Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte.
Sohm, Der Gegenstand, Leipzig 1905.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 6. und 7. Auflage, 1900.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 8. Aufl., 1906.
Wolff, Berliner Festausgabe für Gierke, Breslau 1910: Ueber einige Grundbegriffe des Handelsrechts.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von Goldschmidt.

A. Einleitung.

§ 1.

Die im heutigen Wirtschaftsleben mit seinem stetig wachsenden Handel und der sich mehr und mehr ausdehnenden Industrie wohl am häufigsten vorkommende Form der Handelsassoziationen ist die der offenen Handelsgesellschaft. An keine Form gebunden, keiner Eintragung oder dergleichen bedürftig, gibt sie jedem Kaufmann Gelegenheit, ohne große Schwierigkeiten sich mit andern zu vereinigen zu einem neuen, starken Unternehmen; zwar nicht gerade zu einer juristischen Person — wenn man sich in dieser Streitfrage der herrschenden und richtigen Meinung anschließt —, so aber doch wenigstens zu einer gesamten Hand, zu einer Gesellschaft, die selbst ein Handelsgewerbe betreiben, selbst gewisse Rechte und Pflichten haben kann und prozeßfähig ist. Es handelt sich dabei um ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis, ein Vertrauen, das jeder Gesellschafter dem andern schuldig ist. Was der einzelne allein in vielen Fällen nicht darzustellen vermag, soll durch den gesellschaftlichen Zusammenschluß mehrerer erreicht werden: Nicht allein notwendig durch die Zusammenlegung bestimmter Kapitalbeiträge, sondern auch nicht zuletzt durch die Vereinigung individueller, geistiger Fähigkeiten soll ein großes, leistungsfähigeres Wirtschaftsunternehmen geschaffen werden. Der leichten Entstehung einer solchen OHg. entspricht ihre leichte Auflösbarkeit: Auf formlose Art, durch Beschluß oder bloße Kündigung kann (je nach dem Gesellschaftsvertrage) das Band, welches die Gesellschafter zu der OHg. verbindet, gelöst werden; eine OHg. besteht dann nicht mehr, ihre wirtschaftliche Tätigkeit ist beendet.

Die regelmäßige Folge der Auflösung einer OHg. ist die Liquidation, d. h. es wird nicht nur die Gesellschaft selber, sondern auch das Handelsgeschäft aufgelöst und verteilt. Doch wird eine solche völlige Auflösung der Gesellschaft und des ganzen Handelsunternehmens in vielen Fällen nicht im Interesse der Gesellschafter liegen. Daher gibt das Gesetz bei einer aus mehr als zwei Personen bestehenden Gesellschaft in gewissen Fällen die Möglichkeit, statt der Auflösung der ganzen Gesellschaft die Ausschließung eines der Gesellschafter zu bewirken (§ 140 Hgb.); es wäre unbillig, wenn durch einen einzelnen Gesellschafter, der seinen Teilhabern wichtige Gründe für die Auflösungsklage gibt, vielleicht das ganze Unternehmen gefährdet, die andern zur Auflösung gezwungen sein sollten, die ihnen nicht nur keine Befriedigung, sondern womöglich große wirtschaftliche Nachteile bringen würde. Die Gesellschaft bleibt daher bestehen, und der „Störenfried" wird ausgeschlossen.

Aber die Mehrzahl aller offenen Handelsgesellschaften besteht nur aus zwei Personen. Bei einer solchen 2gliedrigen OHg., von der allein in dieser Abhandlung die Rede sein soll, ist ein Fortbestehen der Gesellschaft im Falle des Ausscheidens einer der beiden Gesellschafter naturgemäß nicht möglich, da nur einer übrig bleibt. Aber oft ist der zurückbleibende berechtigt, das Handelsgeschäft mit allen Aktiven und Passiven zu übernehmen, ohne Liquidation.

Es soll nun die Aufgabe der folgenden Erörterungen, und zwar insbesondere des ersten Abschnittes, sein, festzustellen, unter welchen Voraussetzungen bei der 2gliedrigen OHg. eine derartige Geschäftsübernahme stattfinden kann, und von welchen rechtlichen Folgen sie begleitet ist. Es handelt sich demnach um einen Fall etwa folgender Art: Die aus den Kaufleuten Müller und Schulze bestehende OHg. Müller u. Co. wird aufgelöst, Müller scheidet gegen eine Abfindungssumme aus, und Schulze übernimmt das Geschäft mit allen Aktiven und Passiven.

In dem Moment des Ausscheidens eines Mitglieds löst sich die Gesellschaft auf. Daraus folgt aber nicht ein Erlöschen jeder Rechtsbeziehung des Ausgeschiedenen zu seinen früheren Mitgesellschaftern oder zu Dritten. Denn einmal gilt wäh-

rend der Liquidation die Gesellschaft in gewisser Hinsicht noch als fortbestehend, und zum andern wird der ausgeschiedene bezw. ausgestoßene Gesellschafter nicht ohne weiteres von seiner Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten befreit. Diese letztere Frage, nämlich in wie weit er noch weiterhin zu haften hat, soll der Gegenstand des zweiten Abschnittes sein, jedoch mit gewissen Einschränkungen. Es soll nämlich nicht die Haftung des Ausgeschiedenen schlechthin behandelt werden; die allgemeine Seite dieser Frage ist bereits viel und oft erörtert worden. Es soll sich vielmehr lediglich handeln um die Forthaftung aus noch nicht erfüllten Lieferungsverträgen. Diese spezielle Frage erscheint dem Verfasser einer genaueren Nachprüfung würdig, weil sie in Anbetracht ihres häufigen Vorkommens im täglichen Handelsleben von besonderer Bedeutung ist.

Wenn z. B. eine frühere OHg., deren Handelsunternehmen auf einen der beiden Gesellschafter übergegangen ist, Rohmaterialien eingekauft hat, die noch nicht geliefert sind, so fragt es sich, wer für die Erfüllung des Vertrages einzustehen hat, nur der Uebernehmer, oder auch der Ausgeschiedene. Es finden dabei im Geschäftsleben Modulationen statt, es wird durch Alleinakzepte des Uebernehmers gezahlt, Haftentlassungen kommen vor und dergl. Fälle mehr, die schon oft zu Zweifeln Anlaß gaben.

Es sei abermals betont, daß es sich nur handeln soll um die Fälle der zweigliedrigen OHg., und daß nicht etwa ein dritter, sondern der eine der beiden Gesellschafter unter Ausschluß des andern das Geschäft übernimmt; denn nur diese Fälle haben die Besonderheiten, die eine eingehendere Untersuchung rechtfertigen.

B. Erster Hauptteil.

Die Geschäftsübernahme durch einen der Gesellschafter der 2gliedrigen OHg.

Vorbemerkung.

§ 2.

Bei Betrachtung der Geschäftsübernahme im Sinne dieses Abschnittes kann man ausgehen von zwei Gesichtspunkten: Einmal von dem der freiwilligen Vereinbarung durch die beiden Beteiligten, und zum andern vom Gesichtspunkte eines Ereignisses oder einer Tatsache aus, die die Uebernahme für den einen Teil oft als recht unfreiwillig erscheinen läßt und dem andern kraft Gesetzes ein Recht darauf gibt. Es sind das die Fälle, in denen entweder ein Mitglied sich aus freien Stücken aus der Gesellschaft zurückzieht, — die Gründe sind unerheblich —, oder auf andere Weise ohne sein absichtliches Dazutun an der weiteren Teilnahme am Geschäftsbetriebe gehindert wird, z. B. durch Tod oder Konkurs, oder auch durch Tatsachen, kraft deren das andere Mitglied seine Ausschließung verlangen kann, die sogen. Ausschließungstatsachen.

Im Gesetz sind nur die letztgenannten Fälle behandelt und zwar im § 142. Es ist dies die einzige Bestimmung, die über die zweigliedrige OHg. vorhanden ist. Der § 142 besteht erst seit 1897 und füllt eine Lücke aus, die sich zur Zeit der Geltung des alten Hgb. äußerst unangenehm bemerkbar machte. Für die mehrgliedrigen Gesellschaften gab es zwar eine gleichlautende Bestimmung, nach der unter den angegebenen Voraussetzungen ein Gesellschafter ausgeschlossen werden konnte;

bestand die Gesellschaft jedoch, wie so oft, nur aus zwei Personen, so konnte eine unfreiwillige Geschäftsübernahme durch den Betroffenen nicht stattfinden ohne Genehmigung des andern. Der Zurückbleibende konnte ihn nicht zwingen, ihm das Geschäft zu überlassen und war so oft schweren wirtschaftlichen Schädigungen ausgesetzt, die noch dazu oft durch die Schuld seines Teilhabers entstanden waren oder sonst in seiner Person lagen; denn wenn nicht im Gesellschaftsvertrag solche Fälle vorgesehen waren oder auf gütlichem Wege eine Einigung erzielt wurde, so mußte die Liquidation eintreten, durch die das Unternehmen vollkommen aufgelöst wurde und so unter Umständen beide, d. h. auch der unschuldige Gesellschafter, ihren Erwerb und Lebensunterhalt verlieren konnten. Es ging nicht an, daß der eine von der Willkür des andern abhängig war. Dem Uebelstande wurde dann durch den § 142 abgeholfen, der das durchaus berechtigte Interesse des Zurückbleibenden an der Erhaltung des Geschäfts berücksichtigt. Auf das Einverständnis des Gegners kommt es hierbei gar nicht an, der unschuldige Teil kann aus sich selbst heraus vorgehen und seine Interessen wahren, so daß man in dieser Hinsicht von einem pönalen Charakter des § 142 sprechen kann.

I. Die Fälle des gesetzlichen Rechts auf die Uebernahme.

(§ 142.)

Das Recht auf Geschäftsübernahme mit Aktiven und Passiven ist gebunden an drei bestimmte Voraussetzungen:

1. Das Vorliegen von Ausschließungstatsachen, § 142 Abs. 1;
2. Kündigung durch Privatgläubiger, § 142 Abs. 2;
3. Konkurs eines Gesellschafters, § 142 Abs. 2.

Die drei Fälle sollen im Folgenden einzeln erörtert werden.

1. Das Vorliegen von Ausschlußtatsachen.

§ 3.

Erstes Erfordernis ist zunächst, daß ein auf bestimmte Zeit hin abgeschlossener Gesellschaftsvertrag vorhanden ist, der nicht

gekündigt werden kann; denn andernfalls gilt § 132, und der Geschädigte kann jederzeit zum Schluß des laufenden Geschäftsjahres kündigen.

Ausschließungstatsachen sind Gründe, welche, wenn in der Person eines Gesellschafters vorhanden, bei einer mehrgliedrigen OHg. dessen Ausschließung zulassen würden. Ausschließung ist der Gegensatz zum freiwilligen Austritt aus der Gesellschaft, sie ist das unfreiwillige, erzwungene Ausscheiden. In der Frage, wann eine solche Ausschließung zulässig ist, verweist das Gesetz auf § 140 Hgb. Sie kann danach vom Gericht dann ausgesprochen werden, „wenn in der Person eines Gesellschafters ein Umstand eintritt, der nach § 133 Hgb. für die übrigen Gesellschafter das Recht begründet, die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen.“ Ein derartiger Umstand im Sinne des § 133 ist ein „wichtiger Grund“, insbesondere vorsätzliche oder grobfahrlässige Pflichtverletzung entgegen dem Gesellschaftsvertrage oder Unmöglichwerden der Pflichterfüllung. Es muß also vorliegen

1. ein wichtiger Grund, und
2. (in formeller Hinsicht) ein Antrag.

1. Man muß sich fragen, wann ein Grund ein wichtiger ist. Das Gesetz stellt damit eine elastische Norm auf. Im Gegensatz zum alten Hgb., das in dem entsprechenden Art. 125 Absatz 3 eine Reihe bestimmter Fälle aufzählte, die zur Auflösung berechtigten, überläßt das neue Hgb. es dem Richter, im Einzelfalle die Vorschrift konkret auszufüllen. „Das freie richterliche Ermessen entscheidet darüber, ob mit Rücksicht auf die vorgebrachten Gründe ein gedeihliches Zusammenwirken der Gesellschafter ausgeschlossen ist und dem Kläger die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses nicht zugemutet werden kann[1].“ Die Frage wurde von der Praxis bereits eingehend erörtert, und sowohl das alte Reichsoberhandelsgericht, wie das Reichsgericht haben in ihren Entscheidungen wichtige Grundsätze aufgestellt; statt aller sei auf die bedeutende Entscheidung im 24. Bande hingewiesen, der sich fast die ganze Literatur und Praxis angeschlossen hat, die wörtlich zu zitie-

1) Düringer-Hachenburg § 133 Anm. 3; R. G. in Leipz. Zeitschr. 16, 40 17.

ren hier jedoch zu weit gehen würde[1]). Wie daraus hervorgeht, ist nicht stets ein Verschulden nötig zur Rechtfertigung der Ausschließung; es würde auch nicht den Grundsätzen der Billigkeit entsprechen, wenn ein für die Zwecke der Gesellschaft nicht nur unbrauchbares, sondern vielleicht gar schädliches Mitglied (z. B. bei Geisteskrankheit) geduldet werden sollte, nur weil kein Verschulden vorliegt. Aber es muß sich schon um ein völliges Unmöglichwerden der vertraglichen Pflichten handeln, worunter auch das subjektive Unmöglichwerden (Unvermögen) zu verstehen ist (§ 133 Abs. II am Ende), da nicht alle Fälle unter den Begriff von § 133 II. am Anfang fallen; denn hier wird grobe Fahrlässigkeit oder Verschulden verlangt; da die Maßregel aber als recht schwer zu bezeichnen ist und einschneidende Wirkungen für den Auszustoßenden haben kann, so wird der Richter u. E. oftmals den Begriff „wichtig" bei der Beurteilung des Ausschlußgrundes etwas zu verschieben haben und nur bei Verschulden den Grund als wichtig genug ansehen müssen, — allerdings nur insoweit die Interessen der übrigen Beteiligten dadurch nicht in erheblicher Weise gefährdet werden. Das Gericht kann dann die Klage auf Auflösung zurückweisen und (auf besonderen Antrag) dem Schädling die Geschäftsführung und Vertretung entziehen, wenn es dies für ausreichend zur Wahrung der Interessen des Klägers ansieht.[2])

Eine Schädigung der Gesellschaft ist nach herrschender Meinung nicht erforderlich; vielmehr kann schon die drohende Gefahr einer solchen zur Rechtfertigung des Ausschlußgrundes genügen.

Was die einzelnen Fälle anbetrifft, so fragt es sich zunächst, ob der Gesellschaftsvertrag besondere vertraglich vereinbarte Ausschlußgründe enthält; denn solche zu bestimmen steht den Gesellschaftern völlig frei, so daß auf die Besonderheiten und Eigentümlichkeiten der einzelnen Geschäfts- und Handelszweige, die eine einheitliche Behandlung nicht ermöglichen, gebührend Rücksicht genommen werden kann.

Im übrigen hat die Praxis als wichtigen Grund eine ganze Reihe von Fällen bezeichnet, von denen einige als

---

1) R. G. 24, 137 ff.
2) Düringer-Hachenburg, § 133 Anm. 5.

Beispiel angeführt seien. Natürlich brauchen diese nicht immer wichtig genug zu sein, vielmehr muß man stets von Fall zu Fall urteilen. Beispiele:

Große, durch Verschulden verursachte Verluste,
Leichtfertige Kreditgewährung,
Unredlichkeiten und Unterschlagungen,
Annahme von Schmiergeldern,
Mißbrauch der Gesellschaftsfirma zu persönlichen Zwekken[1]),
Beleidigungen und tätliche Angriffe[2]),
Kreditgefährdung der Gesellschaft durch unehrenhafte Handlungen[3]),
Bestrafungen und dergleichen,
Entstehung von Konkurrenzunternehmen,
neue Erfindungen[4]),

neuerdings auch, bei der durch den Krieg geschaffenen Lage:

Erfüllung der Heerespflicht,
Internierung im feindlichen Lande[5]),

In diesen Fällen liegt zwar kein Verschulden vor, aber soll man seinem Teilhaber zumuten, für jenen während der Zeit zu arbeiten?

Auch die Einziehung der Arbeitskräfte zum Heer, die Beschlagnahme der Rohstoffe kann als wichtiger Grund gelten, wenn dadurch die Fortführung der Geschäfte in Frage gestellt ist[6]).

2. Außer diesem materiellen Erfordernis des „wichtigen Grundes" bedarf es noch formell eines auf die Ausschließung und Geschäftsübernahme gerichteten Antrags, der sogenannten Uebernahmeklage, die an die Stelle der Ausschließungsklage des § 140 tritt; die Grundsätze der letzteren finden auf sie entsprechende Anwendung. Einer solchen Klage bedarf es auf alle Fälle, denn nach der richtigen und auch herrschenden Ansicht ist es nicht möglich, daß die Gesellschaft selbst den

---

1) Vgl. R. O. H. G. 20, 265.
2) Düringer-Hachenburg § 133, Anm. 5c.
3) Düringer-Hachenburg § 133, Anm. 5a.
4) Lehmann-Ring § 133, Anm. 5c.
5) Düringer-Hachenburg § 133, Anm. 5a.
6) Düringer-Hachenburg § 133, Anm. 5d.

„Störenfried“ ohne Anrufung des Gerichts unter den angegebenen Voraussetzungen ausschließen kann, wie Lehmann-Ring meinen[1]). Nach dieser Ansicht würde dann die Auflösung der Gesellschaft und die Uebernahme bereits durch eine gesellschaftsvertraglich unter bestimmten Voraussetzungen festgesetzte, kündigungsähnliche Erklärung erfolgen, ohne Mitwirkung des Gerichts, dessen Spruch vielmehr im Falle seiner Anrufung durch die unterliegende Partei lediglich deklaratorische Wirkung haben würde. Dieser Ansicht kann u. E. indes unter keinen Umständen beigepflichtet werden; ganz zweifellos hat, wie aus dem Gesetz und aus der Denkschrift hervorgeht, das Ausschluß- bezw. Uebernahmeurteil konstitutive Wirkung. Wie Düringer-Hachenburg mit Recht betonen[2]), sagt das Gesetz in § 133, daß die Auflösung auf Antrag „durch gerichtliche Entscheidung ausgesprochen werden kann“. Lehmann-Ring, die Hauptvertreter der andern Ansicht, stützen dieselbe darauf, daß „es nicht abzusehen sei, warum, was im Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 737) Rechtens ist, nicht auch nach Handelsrecht vereinbart werden dürfe“; aber es geht doch aus der Denkschrift, die den Gegensatz des Handelsgesetzbuchs zum Bürgerlichen Gesetzbuch ausdrücklich betont, die gegenteilige Absicht des Gesetzes deutlich hervor. Man wird sich in der Frage der herrschenden und richtigen Ansicht von Staub, Makower, Ritter usw. anschließen müssen[3]); nicht allein aus den soeben angeführten Gründen, sondern auch aus Gründen der Billigkeit; denn die Folge der andern Ansicht wäre eine durchaus gegen die guten Sitten verstoßende Abhängigkeit des Betroffenen von dem Willen des Andern. Eine solche vertragliche Abrede hat also nicht dieselben Wirkungen wie ein Ausschlußurteil.

Zudem sprechen praktische Gründe sehr für die herrschende Meinung. Im Falle einer deklaratorischen Wirkung entstände vom Moment der Klageerhebung bis zur Rechtskraft des Urteils ein Schwebezustand, der unter Umständen für die Gesellschaft wie auch für deren Gläubiger zu unangenehmen Nachteilen führen kann, so z. B. besonders in Bezug auf die

---

1) Lehmann-Ring, § 140 Nr. 8.
2) Düringer-Hachenburg § 133, Anm. 9.
3) Abweichend Goldmann, § 133 Nr. 16.

Haftung; denn während dieses Schwebezustandes, der leicht jahrelang dauern kann, ist es ungewiß, ob der Klage auf Ausschließung stattgegeben wird oder nicht; ein Gläubiger weiß daher nie, ob der betreffende noch Mitglied der Gesellschaft ist und ihm als solches noch persönlich haftet, oder nicht. Und wenn das Urteil die Klage bestätigt, so haftet der Ausgeschlossene nur für die Gesellschaftsverbindlichkeiten, die bis zur Klageerhebung bereits eingegangen waren. Der Gläubiger ist dann sehr im Nachteil, wenn er so die Haftung eines vielleicht sehr kapitalkräftigen Mitglieds der OHg. verliert. Es ist daraus ersichtlich, daß eine deklaratorische Wirkung des Ausschlußurteils praktisch sehr unangenehme Folgen haben kann. Schon aus diesem Grunde sollte man sich der herrschenden Meinung anschließen.

Nochmals zusammengefaßt, ergibt sich also, daß das Urteil rechtsbegründend wirkt, und daß erst mit seiner Rechtskraft das Geschäft vom Kläger übernommen ist; bis dahin besteht die Gesellschaft weiter. Auch dies letztere ist von Lehmann-Ring bestritten, die der Meinung sind, das Urteil gäbe dem Kläger ein Recht auf Geschäftsübernahme, ohne eine Pflicht dazu zu begründen[1]), eine Meinung, die nur haltbar ist in Verbindung mit der soeben erörterten Ansicht über die deklaratorische Wirkung des Ausschlußurteils. Allerdings kann die zweideutige Ausdrucksweise des Gesetzes zu Zweifeln Anlaß geben; aber das Urteil will doch gerade den darauf gerichteten Antrag des Klägers als berechtigt feststellen. Der Richter darf in seinem Urteile nicht die Gesellschaft für aufgelöst erklären und dem Kläger gestatten, das Geschäft zu übernehmen, vielmehr muß es heißen: Beklagter wird ausgeschlossen, und Kläger übernimmt das Geschäft mit Aktiven und Passiven unter Abfindung des Beklagten. Der gleichen Ansicht sind auch die große Mehrzahl der Schriftsteller und die Praxis[2]).

Das Urteil ergeht demnach:

a) auf Auflösung der Gesellschaft,

---

1) Lehmann-Ring, § 142 Anm. 2.

2) Staub, 9. Aufl., § 598 Nr. 2; Makower, S. 377 I Nr. 3; Goldmann § 142 Anm. 6; Düringer-Hachenburg § 142, Anm. 3, 4.

b) auf Geschäftsübereignung an den Kläger unter Ausschluß des Beklagten.

Zum Schluß dieser ersten Voraussetzungen der Uebernahme sei noch betont, daß gemäß § 133 Abs. 3 eine Vereinbarung, durch die das Recht des Gesellschafters, die Uebernahme zu verlangen, ausgeschlossen oder den Vorschriften zuwider beschränkt wird, nichtig ist.

2. Kündigung durch den Privatgläubiger eines Gesellschafters.

§ 4.

Während der erste Fall des § 142 den benachteiligten Gesellschafter berechtigt, aus sich selbst heraus Auflösung und Uebernahme zu verlangen, ihn aber nicht dazu verpflichtet, sind der 2. und 3. Fall nicht in sein Belieben gestellt, sondern in der Person des andern Gesellschafters liegend.

Der zweite Fall eines gesetzlichen Rechtes auf Geschäftsübernahme ist gegeben, „wenn ein Privatgläubiger des einen Gesellschafters von der ihm nach § 135 zustehenden Befugnis Gebrauch macht" (§ 142 Abs. 2), d. h. wenn er die Pfändung und Ueberweisung seines Anspruchs auf dasjenige erwirkt, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt, und die Gesellschaft unter den in § 135 angeführten Voraussetzungen kündigt, gleichviel, ob die Gesellschaft auf eine bestimmte Zeit eingegangen ist, oder nicht. Mit der Kündigung ist dann die Gesellschaft aufgelöst; aber da das Gesetz von dem Prinzip ausgeht, das Gesellschaftsunternehmen nach Möglichkeit zu erhalten und vor äußeren Einflüssen zu schützen, zumal die Auflösung gerade in diesem Falle die Gefahr einer schweren wirtschaftlichen Schädigung der übrigen doch völlig unschuldigen Gesellschafter nach sich ziehen würde, so kann bei einer mehrgliedrigen OHg. nach § 141 der gekündigte Gesellschafter ausgeschlossen werden und die Gesellschaft durch Beschluß der übrigen unter diesen bestehen bleiben. Dieser Grundsatz ist dann auch auf die zweigliedrige OHg. übertragen worden und gibt dem andern Gesellschafter, da ein Fortbestehen der Gesellschaft hier nicht möglich ist, das Recht auf Geschäftsübernahme.

Unter „Privatgläubiger" versteht das Gesetz die Gläubiger, die eine private Forderung gegen den betr. Gesellschafter

haben, im Gegensatz zu einer Gesellschaftsforderung. Etwas zu weitgehend ist u. E. die Ansicht von Staub und Makower, die den Begriff für überflüssig halten[1]). Man muß doch wohl mit der herrschenden Meinung annehmen, daß das Gesetz mit dem Ausdruck „privat" etwas besonderes hat sagen wollen.

Das Kündigungsrecht des Privatgläubigers hat vier Voraussetzungen. Er muß nämlich

1. innerhalb 6 Wochen eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters ohne Ersatz versucht haben;
2. muß ein nicht bloß vorläufig vollstreckbarer Schuldtitel vorliegen, auf Grund dessen
3. die Pfändung und Ueberweisung in das Auseinandersetzungsguthaben des Gesellschafters erfolgt ist, und
4. die Kündigung der Gesellschaft 6 Monate vor Schluß des Geschäftsjahres.

Unter diesen Bedingungen kann er sich aus dem auf andere Weise für ihn nicht erreichbaren Anteil seines Gläubigers an dem Gesellschaftsvermögen befriedigen, eine Vorschrift, die dem eigenartigen Wesen der gesamten Hand bei der OHg., wie überhaupt der Gesellschaft, entspricht, und daher vollkommen berechtigt ist; der einzelne ist eben nicht verfügungsberechtigt und kann an seinen Anteil nur heran im Wege der Auflösung der Gesellschaft.

Die Einzelheiten der Voraussetzungen des Kündigungsrechts zu erörtern, ist hier nicht am Platze; sie stehen außerhalb des Rahmens des Themas.

Das Uebernahmerecht ist, im Gegensatz zu dem beim Vorliegen von Ausschlußtatsachen, nicht von einer gerichtlichen Form abhängig, auch nicht von einer Zustimmung des Auszuschließenden; es wird ausgeübt durch eine einfache Erklärung gegenüber dem Privatgläubiger[2]), daß er die Liquidation ablehne und von seinem Rechte Gebrauch mache; eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Die Gesellschaft wird

---

1) Staub, 8. Aufl. § 135, Anm. 1; Makower § 135, Anm. 1.
2) Lehmann-Ring § 142, Nr. 2b; Goldmann, § 142 Anm. 11; **Düringer-Hachenburg** § 142, 6.

dann mit dem Schlusse des laufenden Geschäftsjahres aufgelöst, und der Zurückbleibende wird von diesem Moment an Uebernehmer des Geschäfts und damit Einzelkaufmann.

3. Konkurseröffnung über das Privatvermögen eines Gesellschafters.

§ 5.

Der dritte und letzte Fall des § 142 ist der Fall der Konkurseröffnung über das Vermögen des einen Gesellschafters. Dieselben Grundsätze, von denen das Gesetz in den beiden ersten Fällen ausging, sind auch für diesen dritten Fall angewandt worden: die nach § 135 Nr. 5 bei Konkurs eines Gesellschafters gesetzlich eintretende Auflösung der Gesellschaft soll nicht für den andern unschuldigen Beteiligten zu unnötigen Schädigungen führen, zumal der Fortbestand der Gesellschaft und des Geschäfts dem Kridar und den Gläubigern, die dadurch keinerlei Schaden erleiden, völlig gleichgültig sein kann. Wie denn bei der mehrgliedrigen OHg. nach § 141 die übrigen zur Fortführung des Unternehmens berechtigt wurden, so erhielt nach § 142 Abs. 2 bei der zweigliedrigen OHg. der Zurückbleibende ein Recht auf Uebernahme des Geschäftes mit Aktiven und Passiven. Zwar wird wie in den vorigen Fällen die Gesellschaft naturnotwendig aufgelöst, aber es findet keine Liquidation statt, und die Konkursmasse hat nur Anspruch auf Abfindung.

Voraussetzung ist die Konkurseröffnung über das Privatvermögen eines Gesellschafters. Darunter ist der Gegensatz zu seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen zu verstehen. Wie im Falle Nr. 2 (Kündigung durch Privatgläubiger) um eine Einzelvollstreckung, so handelt es sich hier um die Generalvollstreckung. Da das Privatvermögen des Gesellschafters nicht ausreicht zur Befriedigung der Konkursgläubiger, so suchen sich letztere eben aus dem Gesellschaftsanteil ihres Schuldners zu befriedigen.

Die Ausübung des Rechtes erfolgt wie im zweiten Falle durch einfache empfangsbedürftige Erklärung, die gegenüber dem Konkursverwalter abzugeben ist, und auf die § 130 Bgb. angewandt werden kann bezgl. des „Zugehens“. Sie lautet

dahin, daß der Erklärende das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven übernehme. Die Konkursgläubiger werden dann abgefunden, und mit Abschluß des laufenden Geschäftsjahres wird der zurückbleibende Gesellschafter alleiniger Eigentümer des Geschäfts.

Eine Streitfrage besteht noch über den Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung. Nach herrschender Ansicht soll dieselbe unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern erfolgen, widrigenfalls der Berechtigte seines Rechtes verlustig gehe, während die andere Meinung die bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen über Wahlforderungen (§§ 262 ff. Bgb.) analog anwenden will. Nach letzterer Ansicht würde der Konkursverwalter, dem § 264 Abs. 2 Bgb. entsprechend, im Falle sich der Berechtigte nicht zeitig erklärt, und in Verzug kommt, berechtigt sein, „ihn unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Vornahme der Wahl aufzufordern", widrigenfalls das Wahlrecht auf ihn übergehen würde. (§ 264, Abs. 2 Bgb.). So besonders Makower, Ritter[1]). Das letztere ist jedoch u. E. entschieden zu weit gegangen. Man wird mit Düringer-Hachenburg[2]) sagen müssen, „daß die Ausschließungserklärung nicht wider Treu und Glauben verzögert werden darf", und sich so auf den Standpunkt der herrschenden Meinung stellen, der wohl auch der Absicht des Gesetzes und der Beteiligten in weitgehenderem Maße entspricht.

II. Der Geschäftsübergang und seine Rechtsnatur.

1. Die verschiedenen Ansichten im Allgemeinen.

§ 6.

Nachdem im vorigen die Voraussetzungen des Uebernahmerechtes festgestellt worden sind, sollen nunmehr die Wirkungen der Uebernahme untersucht werden.

„Der andere Gesellschafter ist berechtigt, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen," sagt § 142 Abs. 1 a. E. Wie sich nun aber dieser Uebergang vollzieht, darüber herrscht großer Streit. Besonders die Frage der Rechtsnatur des Uebergangs ist äußerst bestritten. Es

1) Makower § 141 II, Ritter, § 141 Anm. 2.
2) Düringer-Hachenburg, § 141, Anm. 7.

soll im Folgenden versucht werden, eine nicht allein vom theoretischen, sondern besonders auch vom wirtschaftlichen Standpunkt aus unter Berücksichtigung aller die Frage berührenden handelsüblichen und kaufmännischen Gewohnheiten und Usancen betrachtete Lösung des schwierigen Problems zu finden.

Ein Handelsgeschäft stellt einen größeren Komplex von Gegenständen dar: Mobilien, Immobilien und Rechte. Ein solcher Vermögenskomplex kann auf dreierlei Art erworben werden:

1. im Wege der Singularsukzession;
2. im Wege der Universalsukzession, d. h. Uebergang im Ganzen, lediglich durch Einigung; hier keine Einzelübertragung und Auflassung wie bei der Singularfolge;
3. im Wege der gesetzlichen Akkreszenz.

Alle drei Möglichkeiten sind in der Literatur wie auch in der Praxis vertreten und haben namhafte Verteidiger gefunden. Es erscheint zweckmäßig, dieselben einzeln zu erörtern; anschließend sollen dann auch in einem besonderen Kapitel der wirtschaftliche Gesichtspunkt und die Bedeutung der Streitfrage für das praktische Handelsleben behandelt werden.

2. Die verschiedenen Ansichten im Besonderen.

a) Annahme der Singularsukzession.

§ 7.

Die Anhänger dieser Theorie stehen, wie schon kurz bemerkt, auf dem Standpunkt, daß es zur Verwirklichung des Uebernahmerechts in dinglicher Hinsicht der Uebertragungsformen (Auflassung, Tradition, Abtretung) bedürfe, und stützen sich zumeist auf die Nichtanwendbarkeit des § 738 Bgb. im Falle des § 142. Die Hauptvertreter dieser Ansicht sind Lehmann-Ring, Ritter, Brand und Staub[1]). Besonders Lehmann verteidigt seinen Standpunkt sehr hartnäckig und zwar mit etwa folgender Begründung: In einem Nichterfordernis der Uebertragungsakte sei ein solch abnormer Vorgang zu erblicken, daß das Gesetz, wenn es ihn gewollt hätte, dies deutlich

---

1) Lehmann-Ring § 142, Anm. 4; Ritter § 142, Anm. 2; Brand § 142, Anm. 2d; Staub 8. Aufl., § 142.

ausgedrückt hätte. § 142 Abs. 3 bezöge sich nur auf die obligatorische Auseinandersetzung, nicht auf die dingliche Seite, und § 738 Abs. 1 Satz 1 sei nicht anwendbar; dort handle es sich um eine fortbestehende Gesellschaft, hier jedoch nicht. Und es sei unverständlich, wollte das Gesetz bei Umwandlung des Geschäfts eines Einzelkaufmanns in eine Handelsgesellschaft Auflassung verlangen, dagegen im umgekehrten Falle nicht. Im übrigen stände im Gesetz ja nichts weiter, als daß das Urteil den Gesellschafter für berechtigt erklärt, das Geschäft zu übernehmen, man täte am besten, die Worte auf das zu beschränken, was sie sagen. Auch Brand und Ritter glauben, daß aus dem Gesetz klar hervorginge, daß das Urteil nicht das Geschäft auf den Gesellschafter überträgt, sondern ihn nur zur Uebernahme ermächtigt, daher seien Uebertragungshandlungen nötig.

Doch kann u. E. dieser Ansicht unter keinen Umständen beigepflichtet werden. Wenn Lehmann sagt, nach dem Gesetz könne der Gesellschafter nur zur Uebernahme für berechtigt erklärt werden, so muß man zwar zugeben, daß die Gesetzgeber sich etwas undeutlich ausgedrückt haben. Aber was hat es andererseits für einen Sinn, angesichts des aus dem Zusammenhange und den sonstigen Umständen klar und deutlich hervortretenden inneren Willens des Gesetzgebers in allzu sklavischer Anlehnung an den Wortlaut des Gesetzes sich noch um die Bedeutung der einzelnen Buchstaben zu streiten? Nach Lehmann's Ansicht müßte der betreffende Gesellschafter im Falle des § 142 Abs. 1, um zu seinem Rechte zu gelangen, zunächst die Klage erheben auf Zuerkennung des Uebernahmerechts, und dann kann er das Geschäft übernehmen, wenn er will; verpflichtet ist er nicht. Aber seinen Uebernahmewillen hat er doch schon durch die Klageerhebung zum Ausdruck gebracht, und einer weiteren Erklärung bedarf es nicht. Das Urteil bestätigt nicht nur das Vorhandensein des Uebernahmerechts, sondern es verwirklicht dasselbe[1]).

Der zweite Grund, auf den sich Lehmann stützt, nämlich, daß § 738 nicht angewandt werden könne, vermag u. E. auch nicht zu überzeugen. Gewiß ist diese Bestimmung im allge-

1) So mit Recht Düringer-Hachenburg, § 142, Anm. 4.

meinen nur bei fortbestehender Gesellschaft anzuwenden; aber § 142 Abs. 3 weist ausdrücklich und unzweideutig auf die für das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft maßgebenden Vorschriften hin, und nach § 105 Abs. 2 kommen für die Auseinandersetzung ergänzend auch die §§ 732 ff. Bgb. in Betracht. Wie unten des näheren erörtert werden soll, findet § 738 Abs. 1 auch für § 142 Anwendung.

Und schließlich, wenn ein Einzelkaufmann sich mit einem andern zu einer Handelsgesellschaft vereinigt und dabei seine Grundstücke auflassen, Forderungen zedieren muß usw., so liegt doch der Fall ganz anders als umgekehrt. Es ist doch ganz unmöglich, daß ein Fremder, der bisher zu mir und meinen Sachen, seien es Mobilien oder Immobilien, in keinerlei Verhältnis stand, ganz plötzlich durch einen mit ihm geschlossenen Gesellschaftsvertrag ohne Uebertragungsaktion einen Anteil an meinem bisherigen Alleineigentum bekommen soll. Unbestritten ist hier Uebergabe usw. erforderlich, eine Universalfolge oder gar Anwachsung gar nicht möglich. In unserem Falle hat der Uebernehmende bereits ein Recht an dem Gesellschaftsvermögen, einen Anteil zur gesamten Hand; jeder Gesellschafter hat ein Recht auf das Ganze. Hier ist begrifflich ein Uebergang möglich auch ohne Einzelübertragungsakte. Es liegt gerade darin eine Eigentümlichkeit des Mitgliedschaftsrechtes, eine Eigentümlichkeit, welche nur allein bei diesem zu finden ist, nämlich, daß es in rechtlicher Beziehung anders dasteht als andere Rechtskomplexe. Der Verkehr verlangt eine besondere Behandlung, die denn auch schon im Bgb. im wesentlichen durch das Anwachsungsrecht beim Ausscheiden eines Gesellschafters angeordnet ist. Aber wo noch gar nicht solch eine Mitgliedschaft besteht, vielmehr, wo sie erst entstehen soll, handelt es sich um einen grundverschiedenen Fall, der mit dem ersten in keinerlei Hinsicht verglichen werden kann. Lehmann's Ausführungen können daher u. E. nicht zu einem befriedigenden Ergebnis führen. Letzten Endes darf man auch nicht versäumen, sich die Frage vorzulegen, wer denn eigentlich das Geschäft auf den Uebernehmer übertragen soll. Die OHg. selbst ist nicht dazu in der Lage, da sie nicht juristische Person ist. Der Ausscheidende kann nicht gut seinen Anteil übertragen auf jemanden, der kraft des Gesamthand-

verhältnisses bereits daran dieselben Rechte hatte. In der Praxis sind eine Reihe von Entscheidungen ergangen, von denen eine des Kammergerichts die bedeutendste ist[1]), die ebenfalls Einzelübertragung verlangen, die aber wohl darauf zurückzuführen sind, daß die OHg. zu sehr als juristische Person behandelt wird. Da die OHg. aber u. E. eine Gemeinschaft zur gesamten Hand bildet, so muß auch die Begründung abgelehnt werden.

Es erscheint zweckmäßig, zur Vervollständigung und genaueren Begründung an dieser Stelle in aller Kürze die drei Theorien über den Anteil der einzelnen Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen zu erwähnen:

1. Die Theorie der ungeteilten Mitberechtigung, deren Hauptvertreter Staub, Endemann und v. Gierke sind[2]), und der sich das Reichsgericht angeschlossen hat. Nach dieser Theorie haben die Gesellschafter keine bestimmten Quoten, sondern das Vermögen steht allen ungeteilt zu.

2. Theorie der geteilten Mitberechtigung, vertreten von Cosack, Dernburg, Binder[3]). Sie spricht den Gesellschaftern quotenmäßige Anteile zu, und zwar nicht nur am Gesellschaftsvermögen, sondern an den einzelnen Gegenständen. So auch das Reichsgericht im 65. Bande[4]). Die Theorie ist u. E. als richtig zu bezeichnen. Aber nach § 719 Bgb. (§ 105 II Hgb.) kann der Gesellschafter nicht über seinen Anteil verfügen, eine Bestimmung, die übrigens sehr für die Annahme dieser Theorie spricht und aus der zugleich der Unterschied gegenüber dem Miteigentum hervorgeht.

3. Die Mittelmeinung von Sohm, der den einzelnen Gesellschaftern Teile, aber keine Bruchteile zuerkennt[5]).

Welcher der drei Ansichten man sich anschließt, ist für unsere Frage unerheblich; die vorherigen Erörterungen können dadurch nicht beeinflußt werden, denn daß das Mitglied-

---

1) Johow-Ring. Reihe A, Bd. 24, S. 113.
2) Staub, § 105 Anm. 27; v. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 344; auch Planck S. 727 (zu § 705).
3) Cosack, Lehrbuch des Bgb., 3. Aufl. S. 391; Dernburg, Bd. 2 S. 545.
4) R. G. 65, 231/32.
5) Gegenstand S. 70 ff.

schaftsrecht auf keinen Fall übertragen werden kann, (§ 719 Bgb.), wird von keiner der drei Theorien bestritten werden können.

Ebenso unsinnig wäre es, wenn beide bisherigen Teilhaber das Gesellschaftsvermögen auf den Uebernehmer allein übertragen wollten

Wie wir sehen, birgt der Standpunkt der Singularsukzessionstheorie überall Schwierigkeiten in sich, die nicht überwunden werden können; die Theorie muß u. E. daher als unhaltbar gelten.

b) Annahme der Universalsukzession.

§ 8.

Auch für die Gesamtrechtsnachfolge sprechen sich bedeutende Schriftsteller aus. So ganz besonders Staub (6./7. Aufl.), ferner Makower, Goldmann, Markus u. a.

Zur Beurteilung des Falles ist es am besten, die Ausführungen Staub's etwas näher zu betrachten. Derselbe begründet seine Ansicht etwa folgendermaßen[1]):

„Gemäß den Bemerkungen der Denkschrift[2]) solle durch § 142 Abs. 3 ein Zustand geschaffen werden analog demjenigen beim Ausscheiden eines Gesellschafters. An der Spitze der Auseinandersetzungvorschriften, von denen in Abs. 3 die Rede sei, stehe § 738 Bgb., wonach der Anteil des Ausscheidenden am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zuwächst. Die entsprechende Anwendung dieses Satzes führe hier dazu, daß das Recht, welchen Charakter es auch immer haben möge, auf den andern Gesellschafter übergeht, so daß in der Person dieses andern Gesellschafters sein eigenes Recht und das des beseitigten Gesellschafters zusammenträfen, und er somit nunmehr allein dasjenige Recht habe, welches sich aus der Vereinigung der Rechte beider Gesellschafter ergibt, also das Alleineigentum. Es träte dasselbe ein, wie wenn ein Gesellschafter Erbe des andern würde; auch hier wachse der Anteil des einen dem andern zu. Ein obligatorisches Recht auf Eigentumsübertragung — wie die Anhänger der Singular-

1) Staub, 6./7. Aufl., S. 142 Anm. 2.
2) Denkschrift S. 101.

sukzessionstheorie es annehmen — könne höchstens dann vorliegen, wenn es rechtlich nicht möglich wäre, Eigentum unter Lebenden anders als durch Uebergabe bezw. Auflassung zu erwerben. Das sei aber keineswegs der Fall; daher läge in der Fusion eine Universalrechtsnachfolge und es bedürfe keiner weiteren Uebertragungsakte."

Ohne nähere Begründung schließt sich Makower dieser Ansicht an[1]), indem er auf Abs. 3 des § 142 und auf § 738 Bgb. verweist. Desgleichen Goldmann[2]), der die entgegengesetzte Ansicht (besonders Lehmann's) deswegen für unrichtig hält, weil diese eben nicht eine „entsprechende Anwendung" des für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft geltenden Vorschriften sein würde, sondern eine Abweichung von den Vorschriften; im übrigen verweist er auf die Staub'schen Ausführungen.

Auch die Praxis hat, besonders in älterer Zeit, mehrfach in diesem Sinne entschieden.

Die Universalsukzessionstheorie führt zu dem u. E. richtigen und (wie später im § 10 bewiesen werden soll) praktischen Ergebnisse, daß das Geschäft ohne Uebertragungsakte übergeht; aber trotzdem können wir den es herbeiführenden Gründen nicht beipflichten und müssen die Gesamtnachfolge ablehnen. Zunächst muß man sich fragen, was unter Universalsukzession zu verstehen ist.

Gesamtnachfolge ist „der Erwerb eines Vermögens als eines Ganzen. Das Vermögen wird als Einheit gedacht, und diese Einheit geht auf den Gesamtnachfolger über. In dieser Gesamtheit aber erwirbt er die einzelnen Rechte, so daß es der für den Einzelerwerb dieser Rechte vorgeschriebenen Erwerbstatsachen nicht bedarf."[3]) Es ist das ein durch einen personenrechtlichen Vorgang vermittelter einheitlicher Erwerb eines bestimmten Vermögens, kraft eines einzigen Rechtsgrundes, in ein und demselben Zeitpunkt. Mit dem Eintritt in die betreffende Stellung vollzieht sich zugleich der Eintritt in alle zu dem betreffenden Vermögen gehörenden Vermö-

1) **Makower**, § 142 IV.
2) **Goldmann**, § 142 Anm. 15.
3) **Enneccerus** I 1 § 133, I.

gensrechte. Fälle der Gesamtnachfolge sind im Bgb. eigentlich nur die Erbfolge und die Nacherbfolge.

Während sich früher im römischen Recht die Universalsukzession nicht allein auf die Aktiva, sondern auch auf die Passiva bezog, gehen nach heutigem bürgerlichem Recht regelmäßig nur die Vermögens r e ch t e über. Das hat zur Folge, daß der Erwerber im allgemeinen nicht mit seinem privaten Vermögen für die Schulden des Vermögens zu haften hat. „Die Haftung für diese ist vielmehr nur eine Folge, die das Gesetz in den einzelnen Fällen und nach den Umständen in recht verschiedener Weise mit der Gesamtnachfolge verbunden hat"[1]). So haftet z. B. der Erbe für die Erbschaftsschulden beschränkbar.

Kann man nun das Zuwachsen eines Gesellschaftsanteils rechtlich auch als Gesamtnachfolge ansehen und etwa mit einem Erbschaftsanfall vergleichen? U. E. nicht, und zwar aus folgenden Gründen: Bei der Universalsukzession müssen ein Rechtsvorgänger und ein Rechtsnachfolger vorhanden sein, und zwar müssen dies naturgemäß verschiedene Personen sein, von denen bisher nur die eine, der Rechtsvorgänger, allein Rechte und Eigentum an besagtem Vermögen hatte. Das ist hier aber nicht der Fall; der Rechts„nachfolger" „erwirbt" ein Recht von seinem „Vorgänger", das er bereits vorher schon selbst inne hatte. Wäre die OHg. eine juristische Person, so läge der Fall von Grund auf anders: Dann würde das Ausscheiden eines Gesellschafters unerheblich sein und den Bestand der juristischen Person nicht weiter berühren, und bei der nur zweigliedrigen OHg. müßte Uebertragung der Gegenstände der juristischen Person auf den Einzelnachfolger stattfinden — die ganzen Streitfragen des § 142 wären dann hinfällig. Aber man darf es wohl als die herrschende und richtige Meinung bezeichnen, daß die OHg. keine juristische Person, sondern eine Gemeinschaft zur gesamten Hand ist, und bei einer solchen steht das Eigentum am Gesellschaftsvermögen allen Gesellschaftern zusammen, zur gesamten Hand, zu, d. h. einem jeden von ihnen; aber der eine kann nicht ohne den andern darüber verfügen. Wenn nun ein Gesellschafter fortfällt, so wird das Recht der andern als solches in keiner

---

1) Enneccerus I, § 133, III.

Weise verstärkt, sie haben das gleiche Recht wie früher, nur weniger beschränkt, die andern erwerben nichts hinzu; aber dadurch, daß der Anteil des einen Gesellschafters wegfällt, vergrößern sie indirekt den ihren. Ebenso steht es mit der Haftung. Nach § 128 haftet jeder Gesellschafter bereits persönlich als Gesamtschuldner; auch diese Haftung kann durch die Nachfolge nicht erhöht werden, so daß auch dieses der Gesamtnachfolge eigentümliche Merkmal nicht vorhanden ist; denn die Gesellschaft haftete ohnehin für alle Verbindlichkeiten, dazu bedarf es nicht erst einer Universalsukzession. Ferner ist zu beachten, daß der Rechtsvorgänger bei der Gesamtnachfolge von den Schulden des Vermögens frei wird, eine Tatsache, die für die OHg. ganz und gar nicht paßt, da vielmehr der ausgeschlossene Gesellschafter nach wie vor für die einmal eingegangenen Gesellschaftsverbindlichkeiten weiter zu haften hat.

Ein ebenfalls nicht außer acht zu lassendes Argument ist auch die Tatsache, daß, wie Sohm überzeugend nachgewiesen hat[1]), Schulden keine Gegenstände sind; die Gesamtnachfolge ist aber eine Nachfolge in einen Vermögensinbegriff, eine Gesamtheit von Gegenständen. Die Passiva, die Schulden, würden demnach nicht mit auf den Uebernehmer übergehen, was aber doch gerade bei § 142 von den Parteien beabsichtigt ist. Aehnliches führt auch Lehmann an[2]).

Aus diesen Gründen halten wir eine Gesamtnachfolge für den vorliegenden Fall für ausgeschlossen. Ebenso R.G. 65, 227 ff.

Von den Anhängern dieser Theorie ist noch Markus zu erwähnen, dem § 142 bedeutsam erscheint „als Eröffnung des Begriffs einer handelsrechtlich eigenartigen Universalrechtsnachfolge gegenüber dem bisher regelmäßig nur ins Auge gefaßten des gemeinbürgerlichen Rechts.“[3]) Markus sieht in dem Gesellschaftsvermögen einen „Rechtskomplex“, ein Sondervermögen, zusammengehalten durch die Identität des wirtschaftlichen Zwecks, das man analog dem Nachlaß behandeln müsse, und verweist dabei auf Kohler, Berolzheimer und Neukamp, die ebenfalls das Vermögen als rechtliche Gesamt-

---

1) Sohm, Gegenstand S. 24 ff.
2) Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 50, 36.
3) Markus (S. 333 oben.)

heit ansehen, die als selbständige Masse ohne Rücksicht auf die Weiterexistenz des Vermögenssubjekts bestehe[1]). So hält auch Neukamp die Uebertragung eines Mitgliedschaftsrechts als gleichstehend mit dem Rechtskomplex des Nachlasses (§ 2033 Bgb.), und will ihm gleichfalls diese dingliche Wirkung zusprechen.[2]) Doch vergessen die genannten Schriftsteller, — obgleich auch wir das Gesellschaftsvermögen als Einheit, als Rechtskomplex ansehen — daß aus den bereits angeführten Gründen zwischen den beiden Fällen ein erheblicher Unterschied besteht: Der Erbe oder Miterbe kann auf keinen Fall hier mit dem übernehmenden Gesellschafter verglichen werden, der schon vorher dieselben Rechte hatte. Daher muß auch diese Begründung abgelehnt werden[3]).

c) Annahme der gesetzlichen Akkreszenz.

§ 9.

Bei dem Geschäftsübergang des § 142 handelt es sich vielmehr um eine Akkreszenz kraft Gesetzes.

In § 738 Bgb., auf den § 142 Abs. 3 hinweist, heißt es: „Der Anteil des Ausgeschlossenen am Gesellschaftsvermögen wächst den übrigen kraft Gesetzes zu" (sogen. Anwachsungstheorie). Um auch den Gegnern gerecht zu werden, soll vorab versucht werden, festzustellen, daß genannter Paragraph auch wirklich anwendbar ist. Wie aus § 105 Abs. 2 hervorgeht, finden ganz allgemein, d. h. unbeachtlich des § 142 III, ergänzend die Bestimmungen des Bgb. auf die OHg. Anwendung, und zu diesen gehört auch § 738. Es scheint also, als hätte es des § 142 Abs. 3 gar nicht bedurft; wenn der Gesetzgeber denselben aber noch ausdrücklich einfügt, so muß das seine besondere Bewandtnis damit haben. „Auf die Auseinandersetzung finden die für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung," heißt es in § 142 Abs. 3. Wie die Denkschrift sagt[4]), soll unter „Ausscheiden" sowohl der freiwillige Austritt, als auch die Ausschließung eines Gesellschafters zu verstehen sein.

1) Berolzheimer S. 11.
2) Neukamp, S. 32, 33.
3) vgl. hierzu unten § 9.
4) Denkschr. S. 98.

Und wenn nun diese Grundsätze entsprechend angewandt werden sollen, so kann das u. E. einzig und allein den Sinn haben, daß der Gesetzgeber indirekt seiner Meinung Ausdruck gibt, daß beim Vorliegen einer nur zweigliedrigen OHg., bei der im Ausscheidungsfalle die Erhaltung der Gesellschaftsform nicht möglich ist, zwar eigentlich die dortgenannten Grundsätze, zu denen auch § 738 gehört, nicht gelten können, aber in diesem Falle doch gelten sollen, ein Wille des Gesetzgebers, der in dieser Form des § 142 Abs. 3 zum Ausdruck gebracht werden soll. Nach bürgerlichem Recht würde demnach bei der zweigliedrigen Gesellschaft keine Anwachsung möglich sein, und ohne den Absatz 3 des § 142 Hgb. auch nicht im Handelsrecht. In diesem Sinne, nämlich, daß § 738 für eine zweigliedrige Gesellschaft nur im Handelsrecht gelten kann, ist auch von vielen Schriftstellern der § 738 aufgefaßt; es ist nicht am Platze, diese nicht unbestrittene Frage hier genauer zu untersuchen; man mag darüber denken, wie man will, jedenfalls glauben wir diese Auffassung aus dem Gesetze herauslesen zu müssen. Wenn daher z. B. Staub-Pinner (8. Aufl.) erklären, „das bürgerliche Anwachsungsrecht sei ein solches zu bestehender Gesellschaft, und man könne nicht solche vom Bgb. eingeführte Rechtsmittel auf das Hgb. über die Grenzen hinaus anwenden, die ihnen das Bgb. gesetzt hat," so erwidern wir, daß das zwar an und für sich richtig ist, daß aber § 142 Abs. 3 gerade aus diesem Grunde in das Gesetz eingefügt ist und keinen andern Sinn haben kann, als die für solche Fälle allgemein unanwendbaren Vorschriften des Bgb. ausnahmsweise doch für gültig zu erklären, und es ist durchaus kein Grund vorhanden, § 738 von diesen Vorschriften auszuschließen. Auch bedarf es zu dieser Feststellung nicht erst weiterer Argumentationen, wie z. B. Neudegger (Die Gesellschaft des Bgb. im Grundbuchrecht, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 34, S. 66) die Anwendung des § 738 aus der Beziehung des § 736 zu 738 herleiten will. Dazu kommt noch, daß das Gesetz durch § 142 Abs. 3 eigentlich nur auf § 738 hinweisen kann; denn dies ist die einzige Bestimmung, die in Betracht kommen kann, da alle andern (§§ 731—740) nur Nebensächliches regeln. Im Gegenteil, wir glauben behaupten zu dürfen, daß das Gesetz gerade auf § 738 hindeuten will; darauf läßt schon die aus den Protokollen und Motiven zum Hgb.

überall ersichtliche Tendenz des Gesetzes schließen, sich möglichst eng an das bürgerliche Recht anzulehnen.

Während in der älteren Rechtsprechung die Frage noch sehr verschieden behandelt wurde, hat das Reichsgericht in seiner bekannten Entscheidung im 65. Band [1]) sich für die Anwendung des § 738 ausgesprochen und so den Grundstein zu einer neuen Auffassungsperiode gelegt. Wir können uns dem Reichsgericht in der Hauptsache anschließen. Es wird dort u. a. gesagt, nachdem bewiesen ist, daß § 738 angewandt werden kann, daß das Gesetz zu „Lehmann's Auslegung, die ja Uebertragungsakte erfordert, keinen Anhalt biete, und daß auch Staub's Argument, daß Universalnachfolge eine Ausnahme sei, nicht stichhaltig sei; denn „wer durch Akkreszenz erwirbt, erwirbt nicht den Anteil eines andern hinzu, sondern vergrößert seinen eigenen Anteil, weil der Anteil des anderen weggefallen ist. Wenn weiter gesagt wird, § 142 Abs. 3 schreibe nur entsprechende Anwendung des § 738 vor, und dieser setze das Fortbestehen der Gesellschaft voraus, so kann auch dies nicht überzeugen. § 738 selbst wohl, aber nicht dessen entsprechende Anwendung habe diese Voraussetzung. Das Verlangen besonderer Uebertragungsakte sei nicht analoge Anwendung des § 738 I, sondern gerade das Gegenteil, nämlich Nichtanwendung. Der erkennende Senat hält daher die Auslegung derjenigen für richtig, die in den Fällen des § 142 von dem Erfordernis der besonderen Uebertragungsakte, bei Grundstücken also der Auflassung, absehen."

Diese Ansicht ist im Jahre darauf vom Reichsgericht erneut bestätigt worden[2]) in einer Entscheidung des 68. Bandes wo die Gründe der Gegner, im besonderen von Staub-Pinner, als „unzureichend" bezeichnet werden.

Wir finden in diesen Ausführungen eine glänzende Widerlegung der gegnerischen Einwendungen. In einem Punkte allerdings können wir uns doch nicht ohne weiteres dem R. G. anschließen: Wie schon oben erwähnt wurde[3]), kann die Anwendung des § 738 auf eine zweigliedrige Gesellschaft u. E. nur im Handelsrecht bei der OHg., in Betracht kommen, und

1) R. G. 65, 227 ff.
2) R. G. 68, 415.
3) s. oben S. 24.

wenn das R. G. dies auch auf das bürgerliche Recht ausdehnen will, so liegt darin u. E. ein Widerspruch zu § 142 III. Ob dies so der Billigkeit und Zweckmäßigkeit entsprechen würde, sowie, ob die Anwendbarkeit im Bgb. sich vielleicht auf anderem Wege begründen ließe, darüber zu urteilen, würde hier zu weit gehen.

Jedenfalls — die Anwendbarkeit des § 738 wird vom R. G. für Fälle der vorliegenden Art unbedingt anerkannt. Daraus ergibt sich noch ein weiteres Argument gegen die oben entwickelte und bekämpfte Ansicht Lehmann's[1]), der ja dem zurückbleibenden Gesellschafter nur ein obligatorisches Recht auf Uebernahme einräumen will, eine Ansicht, die nur bei der Nichtanwendung des § 738 aufrecht zu erhalten ist. Das Bgb. hat gerade diese Regelung, die gesetzliche Anwachsung, wie aus den Protokollen hervorgeht, ausdrücklich beabsichtigt. Der erste Entwurf zum Bgb. wollte nämlich in § 658 Abs. 4 dem Ausscheidenden die Verpflichtung auferlegen, seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu übertragen. In der zweiten Kommission wurde die Frage dann Gegenstand lebhafter Meinungsverschiedenheiten, die damit endeten, daß die Mehrheit sich für die gesetzliche Akkreszenz entschied, indem sie betonte, daß letztere eine notwendige Folge der Konstruktion der OHg. als Gesellschaft zur gesamten Hand sei, und daß es wünschenswert erscheine, die Rechtsverhältnisse des ausscheidenden Gesellschafters so zu gestalten, daß die übrigbleibenden Mitglieder über das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftszwecken entsprechend verfügen könnten, ohne durch ein etwaiges Einspruchsrecht des Ausgeschiedenen behindert zu werden[2]). Da wir nun aber die Anwendbarkeit des § 738 klargestellt zu haben glauben, so wird auch dieser Punkt hinfällig.

Wir kommen nun zu der eigentlichen „Akkreszenz“. Oft wird der Unterschied zwischen Gesamtnachfolge und Anwachsung nicht anerkannt, doch ist ein solcher ohne Zweifel vorhanden. Wie bereits Sohm klargestellt hat[3]), ist die Akkreszenz des § 738 keine Gesamtnachfolge. Die letztere stellt den Erwerb eines Vermögens als eines Ganzen dar; wie

1) s. oben S. 15/16.
2) Protokolle S. 445/46.
3) Gegenstand S. 39 Anm. 1.

aber schon im § 8 festgestellt wurde, ist die Anwachsung kein „Rechtserwerb", und ohne einen solchen ist eine Gesamtnachfolge nicht denkbar. Wie das R. G. sehr richtig betont, besteht die Akkreszenz nicht darin, daß man den Anteil des andern hinzuerwirbt, sondern darin, daß man den eigenen Anteil vergrößert, weil der des andern weggefallen ist; es ist lediglich ein Wegfall der Mitberechtigung des andern. Man muß die Sachlage immer von dem Standpunkt aus beurteilen, daß der Zurückbleibende schon zuvor dieselben Rechte hatte, nur durch seinen Teilhaber beschränkt, daß er deshalb auch nicht „Nachfolger" des Ausgeschiedenen sein kann, daß es dagegen andererseits ganz etwas anderes ist, wenn etwa der Erbe „Nachfolger" seines Erblassers wird, oder der Erwerber eines Erbschaftsanteils (§ 2033) Bgb. Nachfolger des Miterben; letzterenfalls liegt Gesamtnachfolge vor, ersterenfalls Anwachsung, genau wie etwa die erbrechtliche Anwachsung des § 2094 Bgb.

Was die Bedeutung des Unterschieds betrifft, so würde dieselbe wohl hauptsächlich in der Wirkung auf die Haftung des Uebernehmers liegen, welcher beim Vorliegen einer Gesamtnachfolge allein für die Schulden aufzukommen hätte, unter Befreiung des Rechtsvorgängers, wenn nicht der Gesetzgeber durch die §§ 128 und 159 ausdrücklich die Forthaftung des letzteren angeordnet hätte. Die Frage ist daher zumeist theoretischer Natur und hat keine besondere wirtschaftliche Bedeutung.

Eine eigenartige, aber interessant begründete Darstellung gibt Lastig von der Streitfrage über den Rechtscharakter der Geschäftsübernahme des § 142[1]). Nach seiner Meinung ist ebenfalls keine Einzelübertragung erforderlich; doch lehnt er sowohl Anwachsung, als auch die Geschäftsübertragung ab, da „überhaupt kein Subjektswechsel, sondern nur eine innere Wandlung des Subjekts vorliege". Diese Ansicht ist nur darauf zurückzuführen, daß Lastig die OHg. als Personenverband mit eigenem Vermögen und eigenen Vermögensrechten auffaßt, bei denen man wie bei der Aktiengesellschaft bei Zusammenschmelzen des Mitgliederbestandes selbst bis auf eine Person eine vermögensrechtliche Fortführung des Personenverbandes annehmen könnte. Da dies u. E. zu weit

1) Lastig, Seite 33 ff.

geht und wir die OHg. lediglich als Gemeinschaft zur gesamten Hand betrachten, können wir uns Lastig nicht anschließen.

3. Die wirtschaftliche und praktische Bedeutung der Streitfrage.

§ 10.

Es muß anerkannt werden, daß man in dieser so schwierigen Frage auch anderer Meinung sein kann. Aber selbst wenn dies zugegeben wird, so muß man doch annehmen, daß die so hartnäckige Verteidigung der gegnerischen Ansichten doch auch in anderer Hinsicht ihren guten Grund haben muß, daß jedenfalls die Verteidiger derselben sich in wirtschaftlicher Hinsicht sich von ihrem Standpunkt aus mehr Erfolg versprechen, daß sie ihre Entscheidung für die für die Praxis und das Handelsleben bessere und billigere halten. Ist das nicht der Fall, so erscheint es unbegreiflich, daß die Hartnäckigkeit der Parteien so weit geht, daß über einer Streitfrage, die auf rein theoretischem Gebiete liegt, die Bedeutsamkeit derselben für den Handelsverkehr, kurz ihre wirtschaftliche Wichtigkeit ganz und gar außer Acht gelassen und in den Hintergrund gedrängt wird. Bei derartig heiß umstrittenen Fragen wie der vorliegenden muß man sich daher nicht zuletzt, wenn irgend möglich, d e r Meinung anschließen, welche einerseits für das Wirtschaftsleben am praktischsten, andererseits am gerechtesten erscheint; es wäre grundverkehrt, wollte man zwecklose theoretische Wortklaubereien den Erfordernissen des Wirtschaftslebens voranstellen.

Es handelt sich also um die Frage: Ist es praktisch und gerecht, wenn Auflassung usw. verlangt werden oder nicht?

Wenn man vielleicht annimmt, daß sich die Frage im täglichen Handelsleben sehr bemerkbar mache und für die Kaufleute eventuell von unangenehmen Folgen begleitet sein könne, so ist das ein großer Irrtum. Im Gegenteil: Im allgemeinen kann man sagen, daß sie nur selten hervortritt. Das hängt damit zusammen, daß von den drei verschiedenen Eigentumsübertragungsakten, nämlich Auflassung der Immobilien, Uebergabe der Mobilien und Abtretung der Forderungen nur die erstere in die Erscheinung tritt infolge der Formvorschrift des Paragraphen 313. Die Uebergabe der beweglichen Sachen würde sich, wenn sie ver-

langt würde, formlos vollziehen (etwa durch Uebergabe der Schlüssel zu den betreffenden Gegenständen) und die Abtretung der Forderungen liegt zumeist schon in dem Uebernahmevertrage. Die einzigen Fälle, die daher zu Streitigkeiten Anlaß geben, und daher auch bis vor das R. G. gelangten, sind die der Grundstücksübertragung in Bezug auf die Form des § 313. In einem Punkte trat dies früher besonders hervor, nämlich bei der Stempelsteuer. Vor dem neuen Stempelsteuergesetz von 1913 mußte jede Eigentumsübertragung an einem Grundstück besteuert werden; bei einer Anwachsung konnte man aber nicht von einer Eigentumsübertragung reden und ließ die Steuer fallen. Nachdem aber das neue genannte Gesetz auch für die Anwachsungsfälle die Stempelpflicht vorsieht, ist auch dieser Treffpunkt der strittigen Meinungen weggefallen.

Ganz zweifellos ist die Anwachsungstheorie als die für die Praxis angenehmere und angemessenere zu bezeichnen. Es ist nicht nur für den Ausscheidenden sehr vorteilhaft, ohne formelle Schwierigkeiten zu seinem Ziele zu gelangen, sondern auch für den Zurückbleibenden nicht von irgendwelchem Nachteil. Allerdings eine Tatsache könnte zum Nachdenken veranlassen: Die Anwachsungstheorie erscheint in gewisser Hinsicht als eine Umgehung des § 313, da durch eine einfache, mündlich getroffene Vereinbarung — auf den Fall der vertraglich vereinbarten Geschäftsübernahme findet § 142 analoge Anwendung, wie im folgenden Paragraph des näheren dargelegt werden soll — der obige Vertrag über die später folgende Geschäftsübernahme abgeschlossen und jeder Vertragsteil auf seine Leistung verklagt werden kann, der eine auf den Austritt des andern und die Ueberlassung des Geschäfts mit allen Grundstücken, die in den weitaus meisten Fällen dabei vorhanden sind, der andere auf die Abfindungssumme. § 313 will vor übereilten Grundstücksverkäufen schützen, und wenn wir ähnliche Gesamthandsfälle, wie z. B. die Miterbengemeinschaft, vergleichen, so sehen wir, daß auch hier bei obligatorischen Verträgen über den Vermögenskomplex, wie etwa der Verkauf eines Miterbenanteils, die Parteien an die gerichtliche oder notarielle Form gebunden sind. Eine solche Bestimmung würde sicherlich auch in unserm Falle von segensreicher Wirkung sein. Doch ist zu beachten, daß sie einerseits nur in

Frage käme für die Fälle der vertraglichen Geschäftsübernahme (da in den drei Fällen des § 142 kein obligatorischer Vertrag vorhanden ist, und der Uebergang sich durch das Urteil bezw. die Erklärung gegenüber dem Privatgläubiger oder Konkursverwalter vollzieht), und daß selbst dort keine Veranlassung vorhanden ist, die Vorschrift des § 313 zu schützen, wenn das Gesetz nicht einmal für den Abschluß des Uebernahmevertrages im ganzen, der doch gewiß wirtschaftlich von einschneidender Bedeutung ist und immerhin in gewisser Hinsicht mit einem Miterbenanteil verglichen werden kann, eine Formvorschrift für nötig hält, ähnlich dem § 311, der hier nicht zur Anwendung kommen kann, da einerseits keine Eigentumsübertragung vorliegt, andererseits der Gesellschaftsanteil nicht das ganze Vermögen des Ausscheidenden darstellen wird. Aber selbst wenn man das Nichtvorhandensein einer solchen Bestimmung bedauert, so darf das doch kein Grund sein, deshalb mehr der Singularsukzessionstheorie zuzuneigen; nach dieser nämlich wäre ein obligatorischer Uebernahmevertrag immer an gerichtliche oder notarielle Form gebunden, wenn es sich dabei um Grundstücke handelt, was meist der Fall sein wird. Wie ersichtlich, bezieht sich dieses Bedenken aber nur auf die vereinbarte Geschäftsübernahme; bei der gesetzlichen kommt es nicht in Frage[1]).

Die drei Fälle des § 142 ermöglichen gar keinen vorherigen obligatorischen Vertrag, sondern bewirken sofort die dingliche Seite, den Uebergang des Geschäfts durch Urteil bezw. Erklärung. Umsomehr muß man aber wünschen, daß dieser Uebergang, wenn er schon einmal erfolgen soll und muß, möglichst formlos zustande kommt; denn ein besonderer Schutz, wie etwa § 313, ist gar nicht mehr erforderlich. Demnach können die Forderungen der Singularsukzessionstheorie u. E. gar keinen besonderen wirtschaftlichen Vorteil haben. Im Gegenteil, es ist höchst unangenehm, wenn die Parteien, die sich längst einig sind und Grundbuchberichtigung gemäß § 894 Bgb. beantragen, plötzlich etwa abgewiesen werden mit der Begründung, es sei Auflassung erforderlich. Es werden damit den Kontrahenten nur Schwierigkeiten in den Weg gelegt, die u. E. jeglichen Zweckes entbehren.

---

1) vgl. im übrigen unten § 11.

Irgend ein wirtschaftlicher Grund, der gegen die Anwachsungstheorie spräche, ist nicht vorhanden; die Anwachsung ist für keine der beiden Parteien von Nachteil, im Gegenteil. Es ist daher u. E. um so unverständlicher, weshalb die Vertreter der Gegenmeinung so hartnäckig auf ihrem Standpunkt verharren und die ganz offensichtlich für die Praxis nur nützliche und wünschenswerte Akkreszenz ablehnen.

Für uns können die vorstehenden Feststellungen nur noch ein Grund sein, uns in der früher dargelegten Ansicht zu bestärken und an der unbedingten Annahme der Akkreszenztheorie festzuhalten.

III. Die vertraglich vereinbarte Geschäftsübernahme.

§ 11.

Der § 142, die einzige Bestimmung, die das Hgb. über die nur aus zwei Personen bestehende OHg. enthält, behandelt nur drei ganz besondere Fälle; nur unter den dort angeführten Voraussetzungen ist der unschuldige Teil zur Uebernahme berechtigt, und diese Voraussetzungen werden sehr selten gegeben sein. Die beiden Fälle des Absatz 2 kommen praktisch so gut wie gar nicht vor, und Ausschließungstatsachen wird man seinem Teilhaber nur in wirklich schwerwiegenden Fällen nachweisen können. Aber für den im Handelsleben alltäglich vorkommenden und überaus wichtigen Fall, daß kraft vertraglicher Vereinbarung der eine Gesellschafter unter gewissen Bedingungen zur Geschäftsübernahme berechtigt sein soll, enthält das Gesetz bedauerlicherweise keine Vorschrift. Es handelt sich dabei um die Fälle, in denen etwa einer der beiden Gesellschafter die Absicht hat, sich von dem Unternehmen zurückzuziehen, — sei es aus gesundheitlichen Rücksichten oder aus sonstigen Gründen —, und in denen er dem zurückbleibenden Teilhaber, der noch ein lebhaftes Interesse an der Erhaltung des Handelsgeschäftes hat, gegen eine Abfindungssumme das Geschäft mit allen Aktiven und Passiven überläßt. Das Schweigen des Gesetzes hat hier wiederum den Anlaß zu einer großen Streitfrage gegeben, nämlich der, ob § 142 in den genannten Fällen analog angewandt werden kann oder nicht. Für die Uebertragung des Handelsgeschäfts liegen demnach zwei Möglichkeiten vor:

a) § 142 ist nicht analog anwendbar, es wird so gehandhabt, als sei die Bestimmung überhaupt nicht vorhanden: Dann bedarf ein auf solche Geschäftsübernahme gerichteter obligatorischer Vertrag, soweit Grundstücke zum Geschäft gehören, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Die dingliche Uebertragung kann nur durch Einzelübertragungsakte vollzogen werden.

Oder

b) § 142 wird analog angewandt: Dann vollzieht sich der Uebergang nach den vorhin entwickelten Regeln, u. A. nach also im Wege der gesetzlichen Akkreszenz.

Es fragt sich, ob eine solche Ausdehnung des § 142 zulässig und ob sie zweckmäßig ist.

Vergleichen wir zunächst, wie derselbe Fall bei der mehrgliedrigen OHg. liegt; vielleicht können daraus Schlüsse auf die entsprechende Lage bei der zweigliedrigen OHg. gezogen werden. Nach § 138 Hgb. findet, wenn ein Gesellschafter kündigen oder sterben sollte, und nach dem Gesellschaftsvertrag keine Liquidation stattfinden, die Gesellschaft vielmehr fortbestehen soll, ein „Ausscheiden" des betreffenden Gesellschafters statt; d. h. also im allgemeinen nicht, aber der Gesellschaftsvertrag kann darüber Bestimmungen treffen. Wie nun, wenn eine solche Bestimmung nicht vorhanden ist, wenn man vielleicht bei Abschluß des Vertrages nicht daran gedacht hat? Dann tritt grundsätzlich die Auflösung der Gesellschaft ein gemäß § 131 Z. 5, weil man eben annehmen muß, daß die Gesellschaft, die doch ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis darstellt, bei dem jeder auf den andern angewiesen ist, in den meisten Fällen beim Fehlen auch nur eines Mitglieds eine ganz andere sein würde, als die gesellschaftsvertraglich abgeschlossene. Doch muß man, wenn alle Teilhaber zustimmen, analog § 138 ein Ausscheiden des betreffenden unter Anwachsung und Fortsetzung der Gesellschaft zulassen; es würde jedem Rechtsgefühl widersprechen und fast unglaublich scheinen, wenn allein aus dem Grunde, daß eine entsprechende Abrede im Gesellschaftsvertrag vergessen wurde, gegen den Willen der Beteiligten und wahrscheinlich unter großen Schädigungen derselben das Handelsgeschäft liquidiert, d. h. vernichtet werden und erst wieder eine neue Gesellschaft gegrün-

det werden sollte. So sieht denn auch die herrschende Lehre in § 138 nicht eine Ausnahmebestimmung, sondern Anwendungsfälle eines allgemein gültigen Prinzips[1]). Ein freiwilliges Ausscheiden bei fortbestehender Gesellschaft ist daher, wenn sämtliche Gesellschafter zustimmen, auch ohne Bestimmung im Gesellschaftsvertrag durchaus möglich[2]).

Kann man nun dieselben Gründe, die bei der mehrgliedrigen OHg. das Anwachsungsprinzip im Falle des vertraglich vereinbarten Ausscheidens eines Gesellschafters rechtfertigen, auch bei der zweigliedrigen OHg. als vorherrschend bezeichnen?

U. E. besteht keine Veranlassung, diese Gründe für die zweigliedrige OHg. abzulehnen. Genau wie bei der Streitfrage über den Rechtscharakter der Uebernahme liegt es auch hier. In beiden Fällen ist der Zweck der Geschäftsübernahme die Erhaltung des Unternehmens, dessen wirtschaftlicher Wert nicht vernichtet werden, sondern dem zurückbleibenden Gesellschafter erhalten bleiben soll. Dieser Zweck läßt sich durch die analoge Anwendung des § 142 zweifellos am besten erfüllen. Analogie ist „die Ausdehnung der aus dem Gesetz entwickelten Prinzipien auf rechtsähnliche, wesensgleiche Fälle"[3]). Aber es darf sich nur um unwesentliche Abweichungen handeln. Wir sind der Meinung, daß diese Voraussetzungen gegeben sind. Allerdings könnte man ein Bedenken haben, von dem bereits im vorigen Paragraph die Rede war: Zwischen den gesetzlichen Fällen des § 142 und denen der freiwillig vereinbarten Uebernahme besteht der Unterschied, daß letzterenfalls bei analoger Anwendung des § 142 über die Geschäftsübernahme, die fast immer auch Grundstücke zum Gegenstande haben wird, ein obligatorischer Vertrag geschlossen werden kann, der ohne jede Form gültig ist. Es scheint dies dem § 313 zu widersprechen; doch müssen wir dabei an unserer Auffassung über die Anwachsung erinnern, nach der eben keine „Eigentums ü b e r t r a g u n g" von Grundstücken vorliegt, sondern nur ein Anwachsen bezw. Abwachsen, so daß § 313 nicht mehr angewandt werden kann. Wenn auch für solch wichtige

---

1) vgl. Dür.-Hachenburg § 138, Anm. 2.
2) vgl. Dür.-Hochenburg § 138, Anm. 2, 3; Ritter § 138, Anm. 1 e α.
3) Enneccerus I, § 53, II 1.

Verträge oft eine Formvorschrift angebracht wäre, so darf dies Bedenken aber doch nicht genügen, um die Analogie des § 142 abzulehnen. Vielmehr halten wir es für richtig, uns in der Frage dem R. G. anzuschließen, welches[1]) mit Recht sagt, daß „Absatz 3 des § 142 seinen sachlichen Grund offenbar nicht darin habe, daß gerade ein Gerichtsurteil bezw. ein Konkursfall oder eine Privatgläubigerkündigung vorgeht, sondern in dem allen diesen Fällen gemeinsamen Umstande, daß ohne Liquidation eine Uebernahme des Geschäfts mit Aktiven und Passiven stattfindet. Und das ist eben auch der wesentliche Inhalt der vereinbarten Auseinandersetzung zwischen den beiden Gesellschaftern“[2]).

Von der Gegenseite wird meist geltend gemacht, dies sei eine Ausnahmevorschrift, und durch Vereinbarung allein könne der nach § 719 Bgb. nicht übertragbare Anteil des einen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen nicht auf den andern Gesellschafter übergehen ohne eine Uebertragung der einzelnen Gegenstände. Dem kann jedoch nicht beigetreten werden; „denn wenn Absatz 3 § 142 bestimmt, daß auf die Auseinandersetzung des Geschäftsübernehmers mit dem andern Gesellschafter die §§ 738, 740 Bgb. entsprechende Anwendung finden, so ist das keine positive Ausnahmebestimmung, sondern eine innerlich begründete Fortentwicklung eines gesunden Rechtsgedankens“[3]). Und „gerade weil § 142 nicht den Charakter einer positiven Ausnahmevorschrift hat, sondern eine der besonderen wirtschaftlichen Struktur der OHg. gemäße Uebertragung des Anwachsungsgrundsatzes bedeutet, ist dieses Prinzip nicht auf die im Gesetz (§ 142) geregelten Fälle beschränkt“[4]). Es gilt daher auch für die Fälle der vertraglichen Uebernahme.

Auch die Tatsache, daß § 142 in den dort angeführten Fällen einen denselben angepaßten, besonderen Charakter hat, den man als etwas strafartig bezeichnen kann, ist kein Hinderungsgrund für unsere Auffassung; denn wenn die Parteien diese

---

1) R. G. 65, 239, 40; ebenso R. G. 56, 16.

2) Anderer Meinung O. L. G. Hamburg in O. L. G. 34, 3; K. G. 9, 254; Bayr. Oberstes L'gericht 9, 275; Staub, 8. Aufl. § 245, Anm. 9, entgegen 6./7. Aufl. § 145 Anm. 8.

3) So mit Recht Dür.-Hachenburg § 142, Anm. 2.

4) Dür.-Hachenburg § 142, Anm. 2.

Art der Auseinandersetzung vereinbaren, so ist das ihre Sache, und außerdem bezieht sich die „Strafartigkeit" nicht auf den rechtlichen Vollzug der Geschäftsübernahme, sondern darauf, daß der Berechtigte das Geschäft überhaupt übernehmen darf.

Diejenigen, die in unserer Auffassung noch einen Widerspruch gegenüber § 719 Bgb. erblicken, seien auf die Entscheidung des R. G. 68, 416 verwiesen, wo es sehr richtig heißt: „§ 719 kann auf dem Gebiete des Handelsrechts die analoge Anwendung des § 142 um so weniger hindern, als es sich gerade bei dessen Anwendung in den Fällen der vereinbarten Geschäftsübernahme nicht um eine Neuerung, sondern um die Aufrechterhaltung des früheren Rechtszustandes handelt. Auch unter der Herrschaft des früheren Hgb. würde der Fall der vereinbarten Geschäftsübernahme dem des vereinbarten Ausscheidens gleichgestellt."

Noch ein anderer Punkt darf nicht unberücksichtigt bleiben. Man kann nämlich nicht gut annehmen, daß § 142, dem doch, wie aus den Motiven und der Denkschrift hervorgeht, eine so große Bedeutung zugedacht war, nur auf die dort angeführten Fälle beschränkt sein soll, d. h. mit anderen Worten, wenn man von den beiden so seltenen Fällen des Abs. 2 absieht, auf die durch Urteil festgesetzten Regelungen des Abs. 1. Da auch der Nachweis von Ausschließungstatsachen recht schwer zu erbringen ist, so würde die Bedeutung des § 142 in erheblichem Maße herabgemindert werden, was doch unmöglich Absicht des Gesetzgebers gewesen sein kann. Wie oft wird es vorkommen, daß, wenn wirklich Ausschlußgründe vorhanden sind, die Gesellschafter aber, um die Angelegenheit nicht an die große Glocke zu hängen, nicht bei Gericht den Antrag auf Geschäftsübernahme stellen, sondern das freiwillig, auf vertraglichem Wege unter sich abmachen wollen. Es wäre doch ebenso unverständlich wie unbillig, wollte man die Anwachsung mit ihren Vorteilen nur in dem ersteren Falle, bei gerichtlicher Austragung gelten lassen, wo sich doch beide völlig einig sind, mithin von einem „Rechtsstreit" gar nicht die Rede sein kann, für welchen allein die Gerichte zuständig sind. Es hieße das, dem Gericht eine entschieden zu weitgehende Tätigkeit einräumen.

Die Frage kann ferner von Bedeutung werden hinsichtlich der Auseinandersetzung. Im Falle der analogen Anwendung

von § 142 findet nämlich noch eine Anteilnahme des Ausscheidenden am Gewinn und Verlust der Gesellschaft aus den zur Zeit der Uebernahme noch schwebenden Geschäften statt gemäß § 740 Bgb.; der Ausscheidende kann weiterhin Rechenschaft, Auskunft, sowie Zahlung des ihm gebührenden Betrages verlangen. Will man nun § 142 nicht anwenden, und setzt nicht der Gesellschaftsvertrag genaue Bestimmungen über die Auseinandersetzung fest, so kann auch § 740 nicht zur Geltung kommen, und die Folge davon können unangenehme Benachteiligungen des Ausscheidenden oder Streitigkeiten der beiden Parteien sein.

Aus all diesen Gründen halten wir die analoge Anwendung des § 142 nicht nur für nach den gesetzlichen Bestimmungen durchaus möglich, sondern vor allem auch für das Wirtschaftsleben unter allen Umständen erforderlich. Der Geschäftsübergang vollzieht sich daher durch Anwachsung.

C. Zweiter Hauptteil.

Die Haftung des Ausgeschiedenen aus Lieferungsverträgen.

1. Vorbemerkung.

§ 12.

Im ersten Hauptteil wurden die Voraussetzungen der Geschäftsübernahme besprochen; im folgenden soll von den Wirkungen derselben die Rede sein, jedoch nicht von den Wirkungen schlechthin, sondern nur von einem Teil derselben: Der Wirkung der Passivenübernahme, der Forthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters.

Es ist zu beachten, daß sich die folgende Darstellung streng an den ersten Hauptteil anschließt, so daß demnach bei der gestellten Aufgabe vorliegen muß einerseits die Auflösung der Gesellschaft, und zum andern die Uebernahme des Geschäfts durch einen der beiden früheren Gesellschafter, nicht etwa durch einen dritten. Nur diese Fälle der Forthaftung des „ausgeschiedenen" sollen gemeint sein. Um Zweifel zu vermeiden, sei auch an dieser Stelle nochmals betont, daß wie aus der Denkschrift hervorgeht[1]), unter Ausscheiden sowohl das freiwillige, der Austritt, als auch das zwangsweise, die Ausschließung, zu verstehen ist, so daß es also für die zu behandelnden Fälle gleichgültig ist, ob die Uebernahme des Geschäfts eine freiwillige oder eine erzwungene war, oder ob der Eigentumsübergang sich ipso jure oder auf Grund besonderer Uebertragungsakte vollzog. Der Grund, aus dem die Uebernahme erfolgte, ist sonach unerheblich.

Die OHg. ist gemäß § 124 I Hgb. als Rechts- und Prozeßsubjekt anerkannt, d. h. sie kann unter ihrer Firma klagen und

---

[1]) Denkschrift S. 99.

verklagt werden — unbeschadet der Klage gegen die einzelnen Gesellschafter —, sie kann Rechte erlangen und Verbindlichkeiten eingehen. Solange also die Gesellschaft besteht, ist es für deren Gläubiger sehr leicht, ihre Forderungen geltend zu machen und einzutreiben: sie können sich an die Gesellschaft selbst wenden und sie verklagen, oder auch an die einzelnen Gesellschafter, denn diese haben nach § 128 — jener für die OHg. so typischen und wichtigen Bestimmung — für die Gesellschaftsverbindlichkeiten persönlich und als Gesamtschuldner zu haften. Aber die OHg. besteht nicht mehr; sie ist aufgelöst, der eine Gesellschafter ausgeschieden, und das Geschäft mit Aktiven und Passiven auf den andern übergegangen. Die Klage gegen die OHg. fällt somit fort. Es fragt sich, wer für die eingegangenen Verbindlichkeiten aufzukommen hat, wie überhaupt die Auflösung der Gesellschaft und die Geschäftsübernahme auf dieselben wirken.

Man kann die Gesellschaftsverbindlichkeiten einteilen in solche aus einseitigen Schuldverhältnissen und aus Verträgen; letztere wieder in solche aus einseitigen, nicht streng einseitigen und aus zweiseitigen Verträgen. Diejenigen, die in der Praxis wohl am häufigsten vorkommen, sind die letzteren, die gegenseitigen Verträge.

„Gegenseitige Verträge“ sind solche, „durch die sich jeder der Vertragschließenden eine Leistung versprechen läßt, und als Entgelt eine Leistung verspricht“[1]). Zu diesen gehört außer dem Dienst- und Mietvertrag in erster Linie der Kauf. Sie alle haben die Besonderheit, daß jeder der beiden Vertragsteile Gläubiger, und jeder Schuldner ist. Wenn bereits von einer Partei erfüllt ist, so geht die Forderung bezw. Schuld bei der Geschäftsübernahme als Aktivum bezw. Passivum mit über, und berührt dies dann nur die allgemeine Seite der Haftung des Ausgeschiedenen und bedarf keiner weiteren Erörterungen. Hingegen sind hinsichtlich der Forthaftung des letzteren oft recht erhebliche Schwierigkeiten entstanden, wenn bei Uebergang des Geschäftes weder der eine noch der andere Vertragsteil seine Leistung erfüllt hat. Das kommt einerseits daher, weil gerade in diesen Fällen, die sich hauptsächlich auf Kaufverträge, Lieferungsverträge erstrecken, die sogen.

[1]) Enneccerus II, § 256, 1.

Haftentlassungsgründe vorkommen, und weil andererseits vielfach im Handelsleben die Meinung besteht, wenn nur an den Uebernehmer geleistet werde, so könne man nicht auch noch den vielleicht schon jahrelang ausgeschiedenen ehemaligen Gesellschafter für Forderungen aus solchen Geschäften haftbar machen. Gerade die noch nicht erfüllten Lieferungsverträge spielen hier eine große Rolle; bei jeder Geschäftsübernahme wird es eine ganze Reihe von schwebenden Kaufverträgen geben entweder in Form von Warenbestellungen, die als Einkauf der Weiterveräußerung oder Verarbeitung dienen, oder als Verkaufsverträge, die eben dem betreffenden Geschäftszweig des Unternehmens entsprechen. Es ist nicht gut möglich, alle laufenden Verträge bis zum Augenblick der Uebernahme auf beiden Seiten zu erfüllen, und es taucht die Frage auf, ob ein das Geschäft übernehmender Möbelfabrikant, der noch als offener Handelsgesellschafter Holz eingekauft hat, die eingekaufte Ware unter allen Umständen von seinem Verkäufer rechtlich verlangen kann oder nicht, ferner wer andererseits dem Verkäufer für die Gegenleistung haftet, nur der Uebernehmer oder auch der Ausgeschiedene.

Es bestehen auf diesem Gebiete eine Anzahl Streitfragen, die in Anbetracht ihrer großen Bedeutung für das praktische Handelsleben infolge ihres häufigen Vorkommens einer genaueren Untersuchung würdig scheinen, und die den Gegenstand dieses Abschnittes bilden sollen.

Wie schon bemerkt, bergen die bereits auf einer Seite erfüllten Lieferungsverträge keine Schwierigkeiten in sich; es soll nur von den noch nicht erfüllten die Rede sein.

Zum Verständnis der Fragen des eigentlichen Themas ist es unerläßlich, vorab eine kurze Darstellung der allgemeinen Forthaftung des Ausgeschiedenen zu geben, d. h. der Haftung ohne Rücksicht auf die besonderen Fälle der Lieferungsverträge.

2. Allgemeine Forthaftung.

a) nach bürgerlichem Recht.

α) Wirkungen der Auflösung und der Uebernahme auf Lieferungsverträge.

§ 13.

Mit der Auflösung der Gesellschaft wird das gemeinschaftliche Band um dieselbe gelöst, die wirtschaftliche Tätigkeit der-

selben hört auf. Das Geschäft geht mit Aktiven und Passiven auf den Uebernehmer über. Man muß sich zunächst fragen, wie diese Uebernahme durch eine Einzelperson auf einen Lieferungsvertrag, der noch nicht erfüllt ist, wirkt. Und um darüber urteilen zu können, muß man sich im Klaren sein, was unter Aktiven und Passiven zu verstehen ist, und ob ein noch nicht erfüllter Kauf zu denselben gehört.

Ein Handelsgeschäft zerfällt in Aktiva und Passiva. Zu den ersteren gehören in erster Linie alle zum Betriebe gehörigen Sachen, wie Gebäude, Inventar, Waren und dergleichen, sowie die im Betriebe des Geschäfts begründeten Forderungen (im Gegensatz zu den Privatforderungen). Und Passiva sind die Geschäftsschulden, das sind alle die im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten, die aus Handelsgeschäften, Verträgen, wie auch aus unerlaubten Handlungen entstanden sein können; genauer gesagt „alle Verpflichtungen, die mit dem Geschäftsbetrieb in einer solchen inneren Verbindung stehen, daß sie als eine Folge des Geschäftsbetriebes erscheinen"[1]) (Geschäftsschulden). Uebernahme von Aktiven und Passiven bedeutet also den Uebergang aller dieser Gegenstände, Rechte und Pflichten auf einen andern. Was nun einen Lieferungsvertrag in dieser Beziehung angeht, so muß man unterscheiden zwischen dem Recht aus demselben und der Pflicht aus ihm. Wenn bereits einer der beiden Teile erfüllt hat, so geht sowohl die Forderung des einen, wie auch die Schuld des andern über. Hatte die OHg. z. B. als Veräußerer erfüllt, so geht die Forderung als Aktivum auf den Uebernehmer über, hatte der andere Teil erfüllt, so seine Schuld als Passivum. Nicht so klar, vielmehr sehr bestritten war dies früher bei den noch nicht erfüllten zweiseitigen Verträgen. Doch sind auch diese unbedingt zu den Aktiven und Passiven zu zählen; denn jede Partei ist berechtigt, hat ein Forderungsrecht, und jede ist verpflichtet, schuldet eine Verbindlichkeit. Es besteht kein Grund, den Uebergang solcher Forderungsrechte und Schulden auszuschließen. Auf diesem Standpunkt stand auch bereits das alte R. O. H. G., welches sagt[2]):

---

1) Bolze 16, No. 315.
2) R. O. H. G. 8, 385.

„Es kann kein Zweifel bestehen, daß die allgemein erklärte Uebernahme der Passiven sich nicht nur auf bereits fällige, sondern auch auf die zur Zeit der Uebernahme noch bedingten oder betagten Forderungen erstreckt. Namentlich gehören die aus noch nicht erfüllten gegenseitigen Verträgen entspringenden Forderungen zu den übernommenen und können in derselben Weise gegen den neuen Erwerber geltend gemacht werden wie gegen den ursprünglichen Schuldner."

Es geht also sowohl das Recht, wie auch die Pflicht aus dem Vertrage — es ist ja das typische bei gegenseitigen Verträgen, daß jeder Gläubiger und jeder Schuldner ist — auf den Geschäftsübernehmer über. Allerdings sind das Grundsätze, welche allgemein nur dann zur Geltung kommen, wenn der Uebernahmevertrag, hier also der Auseinandersetzungsvertrag der beiden Gesellschafter, keine abweichenden Bestimmungen enthält. Es steht den Kontrahenten frei, bestimmte Forderungen oder Verträge von der Uebernahme auszuschließen. Fehlt es aber an solchen besonderen Vertragsbestimmungen, so sind im Zweifel „alle zum Handelsgeschäft gehörenden Bestandteile, die nicht besonders ausgenommen sind, als mitveräußert zu betrachten, und alle Geschäftsschulden sind als übergegangen anzusehen, hinsichtlich deren sich nicht aus dem Vertrage ein anderes ergibt."[1])

Wie schon erwähnt, gehen nur die „Geschäftsschulden" über, d. h. solche, die im Betriebe des Handelsgewerbes entstanden sind. Die Verträge, die ein Gesellschafter nicht im Namen der OHg. abgeschlossen hat, werden dadurch nicht berührt.

Wir kommen nun zu der wichtigen Frage, von welchen Wirkungen die Geschäftsübernahme begleitet ist hinsichtlich der Haftung der früheren Gesellschafter. Wird der Ausgeschiedene frei oder nicht, tritt privative oder kumulative Schuldübernahme ein? Ersterenfalls wäre es nicht schwer, eine allgemeine, einfache Lösung zu finden: Der Uebernehmer tritt an die Stelle des Veräußerers, d. h. der Gesellschaft, und der Ausgeschiedene haftet nicht mehr. Ein Laie wird sehr leicht zu der Ansicht geneigt geneigt sein, daß solch ein Geschäftsübergang doch gar keine andere Wirkung haben kann: Der eine übernimmt, der andere wird frei! Aber das ist fast immer

---

[1]) Dür.-Hachenburg § 25 Anm. 7 u. 11.

nicht der Fall. Ob der Veräußerer gegenüber den Geschäftsgläubigen befreit wird, hängt vielmehr ganz von der Natur des Uebernahmevertrages ab. Und was dessen Wirkung angeht, so muß scharf unterschieden werden zwischen Innen- und Außenverhältnis; das erstere zwischen Veräußerer und Uebernehmer allein, das letztere zwischen Veräußerer und Uebernehmer einerseits, Geschäftsgläubigern und -Schuldnern andererseits. Das Innenverhältnis zwischen Uebernehmer und Veräußerer kann sich verschiedener Art gestalten, es steht den Parteien frei, welche Art des Geschäftsübergangs sie wählen, und welche Wirkungen sie damit verbinden wollen. Es gibt verschiedene Möglichkeiten; aber ob die gewählte Form immer auch eine Wirkung nach außen hat, ist eine andere Frage. Grundsätzlich ist das im Innenverhältnis, inter partes Vereinbarte nicht bindend für die Außenseite; vielmehr hängt das ganz vom Uebernahmevertrag ab.

β) Der Uebernahmevertrag.

§ 14.

Ein solcher Uebernahmevertrag läßt sich in zwei Teile zerlegen, in die Uebernahme der Aktiva, und die Uebernahme der Passiva.

Hinsichtlich der Aktiva sind die Parteien nach außen hin nicht gebunden. Die Uebertragung kann auch mit Wirkung nach außen ohne Zustimmung der Schuldner durch Vertrag mit dem Gläubiger erfolgen; durch Tradition bei Sachen, bei Forderungen durch Abtretung.

Der Schuldner braucht nicht erst gefragt zu werden, denn es wird ihm meist völlig gleichgültig sein, wen er zum Gläubiger hat. Die Prteien sind also hier nicht gebunden, nur setzt die Wirksamkeit einer Abtretung gegenüber dem Schuldner voraus, daß sie ihm mitgeteilt worden ist, wie dies z. B. sehr häufig durch Rundschreiben geschieht. Im Falle der Fortführung derselben Firma ist auch diese Mitteilung nicht nötig: Nach § 25 Absatz 1 Hgb. gelten die im Betriebe begründeten Forderungen den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen, wenn eine Einwilligung des Berechtigten zur Firmenfortführung vorliegt.

Anders steht dies mit den Passiven. Deren Uebernahme hat eine doppelte Wirkung, nämlich einmal nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts, zum andern nach dem Handelsrecht, welches noch besondere Wirkungen damit verbindet. Es sollen hier zunächst die bürgerlichrechtlichen Folgen behandelt werden.

Wenn eine Schuld von einem Dritten übernommen wird, so kann das nach bürgerlichem Recht möglicherweise dreierlei Wirkungen haben:

a) der Dritte tritt an die Stelle des bisherigen Schuldners, so daß dieser gänzlich ausscheidet und von seiner Haftung befreit ist: Dann handelt es sich um eine Schuldübernahme im Sinne von § 414 Bgb.; oder

b) es verpflichtet sich der Uebernehmer gegenüber dem Schuldner, also nur im Innenverhältnis, zur Erfüllung von dessen Verbindlichkeiten und zur rechtzeitigen Befriedigung der Gläubiger, ohne die Schuld zu übernehmen oder dem Gläubiger ein Recht auf Befriedigung zu gewähren: Dann liegt vor eine Erfüllungsübernahme, die von der Verpflichtung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger gänzlich unabhängig ist und diesem nur im Innenverhältnis ein Recht gegen den Uebernehmer gibt. Endlich

c) wäre denkbar eine bestärkende oder kumulative Schuldübernahme, Schuldbeitritt, von Reichel Schuldmitübernahme genannt: hier übernimmt der Uebernehmer die Schuld selbständig und als eigene, als Gesamtschuldner neben dem weiter haftenden Urschuldner.

Es ist zu untersuchen, welcher der drei Fälle für die Schuld aus dem Lieferungsvertrag in Frage kommt, welche ja als Passivum mit übernommen worden ist. Das R e ch t aus dem Kauf ist, wie oben bemerkt, durch Abtretung auf den Übernehmer übergegangen; hier handelt es sich um die P f l i ch t zur Erfüllung des Vertrages, um die Haftung aus demselben.

Schuldübernahme und Erfüllungsübernahme setzen voraus, daß ein „Dritter" die Schuld übernimmt. Der Uebernehmer ist in unserem Falle aber nicht ein solcher Dritter im eigentlichen Sinne des Wortes, er ist vielmehr selbst einer der Schuldner. Wenn sich der Uebernehmer gegenüber dem Ausgeschiedenen verpflichtet zur Erfüllung der von diesem

mitbegründeten Verbindlichkeiten, so sind das solche, für die er doch bereits selbst schon als Gesamtschuldner neben jenem weiterhaftet. Wir halten es nicht für möglich, daß unter diesen Umständen noch eine Schuld- oder Erfüllungsübernahme angenommen werden kann. Ein „Dritter" kann eine fremde Schuld übernehmen, nicht aber jemand, der schon als Gesamtschuldner dasselbe schuldet. Beide früheren Gesellschafter haften solidarisch, d. h. jeder auf das Ganze, nicht etwa jeder nur zur Hälfte. Wenn der eine die Schuld des andern übernehmen will, so will er ihn von einer Verbindlichkeit befreien, für die er selbst schon einmal haftet; die gesamtschuldnerische Leistung kann aber natürlich nur einmal gefordert werden. Der Uebernehmer haftet daher für denselben Betrag wie zuvor, seine Schuld ist nicht verstärkt, folglich kann er auch nicht eine fremde Schuld übernommen haben. Es wäre völlig unlogisch, hier eine Schuld- oder Erfüllungsübernahme anzunehmen. Und wenn ein Gläubiger den ausgeschiedenen Mitschuldner aus irgendwelchem Grunde aus seiner Haftung entlassen würde, so wäre das keine Genehmigung einer Schuldübernahme, sondern ein Erlaß im Sinne § 397 Bgb. Das Reichsgericht steht jetzt, nachdem es seine frühere Ansicht[1]) geändert hat, auf demselben Standpunkt und hält weder eine Schuldübernahme noch eine Erfüllungsübernahme hier für möglich: „Die Bestimmung des Schuldners, daß er allein Schuldner sein wolle, habe nur die Bedeutung, daß er dem Beklagten Befreiung zusichere."[2]) Ebenso Düringer-Hachenburg.[3]) Aus denselben Gründen wäre naturgemäß auch ein Schuldbeitritt ganz ausgeschlossen. Wie sollte man auch kumulativ einer Schuld beitreten, für die man schon einmal haftet?

Die gegenteilige Ansicht sagt, der Schuldner sei bei derartigen Geschäften als der Gesellschaft wie ein Dritter gegenüberstehend anzusehen und stützt sich dabei auf verschiedene Entscheidungen des Reichsgerichts.[4]) Aber dort handelt es sich um wesentlich andere Fälle, nämlich um Verträge, welche der Gesellschafter mit der Gesellschaft abschließt, wie z. B. ein Ge-

---

[1]) R. G. in Leipz. Z. 1912, 654.
[2]) R. G. in Jur. W. 13, 324 No. 9; Neum. Jb. 12, 498.
[3]) Dür.-Hachenburg § 128, Anm. 17.
[4]) R. S. 45, 221 oben; 32, 256.

schäftsübernahmevertrag; hier aber liegt nicht ein Vertrag mit der Gesellschaft, sondern mit einem einzelnen Gesellschafter vor.

Es sind somit alle drei Fälle abzulehnen; die Vereinbarung der Passivenübernahme kann keine der drei genannten Wirkungen haben. Allgemein hat der Ausgeschiedene nur im Innenverhältnis ein Recht auf Befreiung durch den Uebernehmer, wird aber von seiner Schuld nach außen hin, d. h. den Gläubigern gegenüber, nicht frei. Wir haben es hier mit einer eigenartigen, besondern Schuldhaftung zu tun, bei der keine Schuld- oder Erfüllungsübernahme möglich ist, sondern nur das Institut der Haftentlassungsgründe. Ueber dieses siehe unten §§ 16—18.

Wenn man die hier vertretene Ansicht nicht teilt, und eine Schuld- oder Erfüllungsübernahme an und für sich doch für möglich hält, so ist hinsichtlich der letzteren die Wirkung praktisch dieselbe: Wirkung nur nach innen, und der Ausgeschiedene haftet weiter. Beim Vorliegen einer Schuldübernahme wäre die Wirkung aber grundverschieden. Der Wichtigkeit halber, und um auch den Vertretern der andern Ansicht gerecht zu werden, soll dargelegt werden, daß auch dann, wenn man den Uebernehmer als „Dritten“ betrachtet, eine befreiende Schuldübernahme nicht zustande kommen kann, oder jedenfalls nur in den seltensten Fällen.

Eine Schuldübernahme ist nur möglich mit Zustimmung des Gläubigers. Sie kann zustande kommen entweder durch Vertrag mit dem Gläubiger (§ 414 Bgb.), oder durch Vertrag mit dem Schuldner, wenn 1. vorliegt eine Mitteilung an den Gläubiger, und 2. auf diese hin von seiten des Gläubigers eine Genehmigung erfolgt. Das erstere, ein Vertrag mit dem Gläubiger, wird nur ausnahmsweise vorliegen; denn welcher Gläubiger wird wohl ohne weiteres seinen Schuldner aus der Haftung entlassen wollen? Man wird daher mit der Annahme einer auf diesem Wege zustande gekommenen Schuldübernahme sehr vorsichtig sein müssen und eine solche nur dann als vorliegend bezeichnen dürfen, wenn wirklich ein ausdrücklicher Vertrag der beiden Parteien darauf hingeht, und wenn etwa eine Schenkung ohne ähnliche Gründe dazu geführt haben.

Etwas schwieriger gestaltet sich schon der zweite Fall: der Fall der Mitteilung und Genehmigung. Das kommt daher, weil es im Handelsleben üblich ist, etwaige Wechsel der Geschäftsinhaber durch Rundschreiben des Uebernehmers den Gläubigern und Kunden mitzuteilen. Man hat vielfach versucht, in der stillschweigenden Hinnahme eines solchen Zirkulars eine stillschweigende Genehmigung der Schuldübernahme zu erblicken, indem man das Rundschreiben als „Mitteilung" betrachtet, d. h. als eine Art Aufforderung an den Gläubiger, sich darüber zu erklären, ob er mit der Schuldübernahme einverstanden sei oder nicht. Aber eine solche Auffassung ist völlig haltlos. Das Rundschreiben hat den Zweck, den Gläubigern und Kunden des Geschäfts mitzuteilen, daß bei der Auflösung der Gesellschaft nicht die sonst übliche Liquidation eingetreten sei, daß der eine vielmehr das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernommen habe und nunmehr ausschließlich verfügungsberechtigt sei in Bezug auf alle Rechte aus Verträgen, die namens der Gesellschaft geschlossen worden sind. Aber keinesfalls darf man einem solchen Rundschreiben allgemein die Bedeutung einer „Mitteilung" der Schuldübernahme zumessen; das würde durchaus den Interessen des Handelsverkehrs widersprechen. Denn ein vorsichtiger Kaufmann wird niemals eine so wichtige Erklärung, wie die Entlassung eines Schuldners aus seiner Haftung, in dieser Weise durch Stillschweigen abgeben und sich dadurch verpflichten wollen.

Niemals würde ein Kaufmann sich bei Empfang eines derartigen Rundschreibens veranlaßt fühlen, sofort darauf zu erwidern, daß er die Schuldübernahme ablehne, da er sich sagen muß, daß das damit rein gar nichts zu tun hat. Er wird gar nicht auf den Gedanken kommen, daß man ein solches Rundschreiben in diesem Sinne würde betrachten können. In seinen Augen erscheint dasselbe lediglich als eine Bitte des neuen Geschäftsinhabers an die Gläubiger, das bewiesene Vertrauen auch ihm gegenüber zu wahren, eine Bitte, die dem verständlichen Bestreben entspricht, sich die Kundschaft zu erhalten, an die sich allerdings auch die handelsrechtliche Wirkung der Schuldenhaftung knüpft (§ 25 Abs. 3 Hgb., s. unten). Das Rundschreiben ist daher nicht als „Mitteilung" im Sinne von § 415 Abs. 2 Bgb. aufzufassen, und Sturm nicht verpflichtet, sich dazu zu äußern. Er kann daher auch nicht haftbar ge-

macht werden, wenn er eine solche Aeußerung unterläßt; denn „qui tacet, consentire videtur, ubi loqui potuit et debuit.“ Die gleiche Ansicht vertritt das Reichsgericht und die herrschende Lehre.[1])

Selbst wenn man das Rundschreiben doch als „Mitteilung“ ansieht, so genügt auch dann u. E. das Stillschweigen hier nicht; denn „unter den hier obwaltenden Umständen wird das Schweigen nicht als genügend sichere Aeußerung des Geschäftswillens anzusehen sein.

Wesentlich anders ist die Lage des Falles zu beurteilen, wenn das Rundschreiben nicht von dem Uebernehmer ausging, wie hier soeben angenommen, sondern von dem Ausgeschiedenen. Wenn letzterer auf diese Art seine Gläubiger davon in Kenntnis setzt, daß er ausgeschieden und das Geschäft von dem andern Gesellschafter übernommen worden sei, so kann darin dann sehr wohl eine „Mitteilung liegen; die Wirkung ist dann anders als im vorigen Fall insofern, als man hier annehmen kann, daß, wenn gerade der Ausgeschiedene das Schreiben abschickt, er damit die besondere Absicht hat, die Gläubiger davon zu unterrichten, er wolle von seinen Verbindlichkeiten befreit werden und frage an, ob dieselben damit einverstanden seien. Allerdings muß man auch hier stets die genaueren Umstände und Einzelheiten des Falles berücksichtigen, die „Mitteilungs“absicht muß erkennbar sein. Wenn das der Fall ist, so darf man den das Zirkular erhaltenden Gläubiger wohl für verpflichtet halten, darauf zu antworten, und unterläßt er dieses, so haftet der Ausgeschiedene ihm nicht mehr, die Schuldübernahme des § 415 wäre damit vollendet; es wäre unbillig, wollte man hier nicht den Ausgeschiedenen in Schutz nehmen, der doch nach Treu und Glauben und schon nach der Verkehrssitte eine Antwort erwarten kann und darf. Ist allerdings dieser „Mitteilungs“wille nicht erkennbar, so wird man meist eine Schuldübernahme ablehnen und mehr eine Gefälligkeit des Ausgeschiedenen annehmen müssen, der damit seinem früheren Teilhaber die Mühewaltung der Rundschreiben-Versendung abgenommen hat.

---

[1]) R. G. in Neum. Jb. 9, S. 569, zu § 158 II; vergl. auch Bd. 16, S. 479.

[2]) Enneccerus I, § 144 I.

Wie ersichtlich, wird eine Schuldübernahme nur sehr selten vorkommen und selbst beim Vorhandensein von Zirkularen ist Vorsicht bei ihrer Annahme geboten. Außer diesen wenigen Fällen, denen wir uns jedoch wie gesagt nicht anschließen können, da u. E. der Uebernehmer kein „Dritter" ist, (vgl. oben S. 43/44), bleibt also das oben festgestellte Ergebnis[1]) dasselbe:

Der Ausgeschiedene hat gegen den Uebernehmer einen rechtlich begründeten Anspruch auf Befreiung von seinen Gesellschaftsschulden, mithin auch der Schuld aus dem Lieferungsvertrag, ohne aber selbst den Gläubigern gegenüber frei zu werden.

Auch die Tatsache, daß u. E. der Geschäftsübergang sich im Wege der Anwachsung vollzieht, vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern; es ist ausgeschlossen, daß durch einen Uebernahmevertrag, auch wenn dieser die Wirkung einer Gesamtnachfolge hat, den Gläubigern willkürlich die Haftung des einen Gesellschafters genommen werden kann. Der Grund der Geschäftsübernahme und die Art des Uebergangs sind demnach unerheblich.

Bei der Gelegenheit sei auch erwähnt, daß es sich erübrigt, auf die Streitfrage einzugehen, ob die Uebernahme eines Handelsgeschäfts einer OHg. als Vermögensübernahme im Sinne von § 419 Bgb. anzusehen ist, oder nicht. U. E. nicht, da das Handelsgeschäft nicht das ganze Vermögen der Gesellschaft umfaßt. Aber auch wenn man anderer Meinung ist, so bleibt die Forthaftung des Veräußerers hier sogar kraft positiver Gesetzesbestimmung (§ 419) bestehen. Der Ausgeschiedene haftet somit weiter, und die Frage ist unerheblich.

b) **Nach Handelsrecht.**

§ 15.

Das Handelsrecht hat an die Tatsache der Geschäftsübernahme noch besondere Wirkungen geknüpft, und zwar in doppelter Hinsicht: Einmal in einer besonderen gesetzlichen Schuldenhaftung des Erwerbers, die in den §§ 25 ff. eingehend geregelt ist; und zum andern in einer Schuldenhaftung des Veräußerers bezw. hier des Ausgeschiedenen, über welche zwar

---

[1]) Oben S. 45.

keine Sonderbestimmungen bestehen, die sich aber aus dem Wesen der OHg. und aus verschiedenen andern Anhaltspunkten ergibt.

Der zuerst genannte § 25 bezweckt den Schutz der Geschäftsgläubiger und behandelt nur das Außenverhältnis zwischen Uebernehmer und Veräußerer einerseits, und den Geschäftsgläubigern andererseits. Das Innenverhältnis zwischen Uebernehmer und Veräußerer richtet sich allein nach dem Veräußerungsvertrage.

Nach § 25 haftet der Erwerber eines Handelsgeschäfts für alle im Geschäftsbetriebe begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers, wenn er entweder die Firma weiter fortführt oder — bei Nichtfortführung der Firma — ein besonderer Verpflichtungsgrund hinzutritt. Obgleich § 25 nur die Stellung des Erwerbers zu den Gläubigern des Geschäfts regelt, während es sich bei uns um die des ausgeschiedenen Mitveräußerers handelt, so ist eine Untersuchung darüber doch nötig zur Feststellung, daß durch § 25 nicht etwa die Haftung des Veräußerers, d. h. der OHg. und mithin auch des Ausgeschiedenen, wegfällt, wie vielleicht auf den ersten Blick erscheinen könnte. Obgleich der Uebernehmer schon vorher Teilhaber des Handelsgeschäftes war, ist er doch als Erwerber anzusehen; er erwirbt das ganze Geschäft von der früheren OHg., und dieser steht er bei derartigen Verträgen wie ein Dritter gegenüber. Die Vorschriften können daher angewandt werden; auch durch den Uebergang im Wege der Gesamtrechtsnachfolge wird ihre analoge Anwendung nicht gehindert.

Doch hat die Bestimmung hier keine besondere Bedeutung, da der Uebernehmer vorher schon für die Schulden als Gesamtschuldner haftbar war, seine Schuld also dieselbe geblieben ist; die Vorschrift ist nur praktisch wichtig, wenn ein Dritter, bisher nicht an der OHg. Beteiligter das Geschäft übernimmt. Es ist gleichgültig, ob der Uebernehmer die alte Gesellschaftsfirma beibehält oder ob, bei Nichtfortführung derselben, ein besonderer Verpflichtungsgrund, wie etwa das oben geschilderte Rundschreiben, vorliegt. Die Wirkung ist nur eine handelsrechtliche, gesetzliche Haftung des Erwerbers, die hier nicht von besonderer Bedeutung ist.

Aber wenn es in § 25 heißt, daß der Erwerber für die Geschäftsschulden zu haften hat, so muß gleich von vornherein betont werden, daß damit die Forthaftung des Veräußerers keineswegs fortfällt. Vielmehr will § 25 nur eine Neuhaftung des Uebernehmers regeln, welche ganz unabhängig ist von der allgemeinen, nach bürgerlichem Recht bestehenden Haftung, und welche auch bei entgegenstehender Vereinbarung kraft Gesetzes eintritt, es sei denn, daß eine Eintragung darüber ins Handelsregister erfolgt ist (§ 25 Abs. 2). Zu der bereits bestehenden Haftung des Veräußerers kommt noch diese besondere handelsgesetzliche Haftung des Uebernehmers hinzu. § 25 bezieht sich allein auf das Verhältnis des Erwerbers zu den Geschäftsgläubigern, denen noch eine besondere Sicherung eingeräumt werden soll und muß, da durch die Veräußerung das Geschäft, in dem sie im Notfall hätten Befriedigung finden können, ihrem Zugriff entzogen worden ist, der Veräußerer aber das Kaufgeld oder die Abfindungssumme leicht durchbringen könnte. Also eine reine Schutzvorschrift für die Gläubiger, deren Verhältnis zu ihrem Erstschuldner dadurch in keiner Weise berührt wird. Es sind das vielmehr zwei grundverschiedene Dinge, welche wohl auseinandergehalten werden müssen.

Dafür, daß die Forthaftung des Ausgeschiedenen nicht ausgeschlossen wird, spricht auch § 26, der ausdrücklich für die Forthaftung eine fünfjährige Verjährungsfrist festsetzt. Es findet daher nach außen hin kein Schuldenübergang auf den Uebernehmer allein statt. Bei Uebernahme durch einen Dritten würde ein Schuldbeitritt vorliegen, nach Reichel „Schuldmitübernahme“[1]), nach Staub „Haftungsübernahme“[2]): Der Erwerber tritt als zweiter Schuldner neben den Veräußerer. Dies ist in unserem Falle, wie oben erwiesen[3]), naturgemäß nicht möglich, und die Sonderhaftung des Uebernehmers ist identisch mit seiner früheren Schuld, seine Haftung kann nicht verstärkt werden.

Durch § 25 wird die Haftung des Veräußerers auch nicht etwa nur zu einer subsidiären, sondern es bleibt bei dem früheren Gesamtschuldverhältnis zwischen den beiden früheren Ge-

---

[1]) **Reichel S. 138.**
[2]) **Staub § 25, Anm. 9.**
[3]) **s. oben S. 43 ff.**

sellschaftern. Daher kann ein Gläubiger sowohl den einen, wie den andern verklagen, jeder haftet für das Ganze.

Auf die allgemeinen Bestimmungen der §§ 25, 26 läßt sich aber noch nicht die Weiterhaftung gründen; durch sie wird nur die Weiterhaftung nicht ausgeschlossen; dieselbe stützt sich vielmehr auf die Spezialbestimmungen der §§ 128, 159.

Die Weiterhaftung ergibt sich einmal klar und deutlich aus § 159, wonach die Ansprüche gegen einen früheren Gesellschafter aus Gesellschaftsverbindlichkeiten in 5 Jahren verjähren, entsprechend dem § 26.

Aber auch aus § 128 allein läßt sich die Weiterhaftung des Ausgeschiedenen herleiten.

§ 128 lautet:

„Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner persönlich. Eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam.“

Die allererste Voraussetzung ist das Vorhandensein einer Gesellschaftsverbindlichkeit, d. h. einer solchen, die noch zur Zeit des Bestehens der Gesellschaft entstanden ist. Solange die Gesellschaft besteht, kann der Gläubiger gegen beide früheren Gesellschafter vorgehen, oder gegen einen, oder auch die Gesellschaft selbst. Die letztere ist aber bereits aufgelöst. Das hat zunächst die Wirkung, daß der ausgeschiedene Gesellschafter seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen verliert; denn dieses geht durch Anwachsung auf den Uebernehmer über. Gesellschaftsvermögen, an das sich die Gläubiger halten könnten, ist nicht mehr da; daher kann es auch keine Gesellschaftsforderungen und -Schulden mehr geben. Die Haftung der Gesellschaft erlischt, aber es bleibt die in § 128 ausdrücklich festgesetzte persönliche Haftung der Gesellschafter, und diese wird weder ausgeschlossen durch den Austritt eines Gesellschafters, noch durch die Auflösung der Gesellschaft überhaupt, darüber besteht kein Zweifel. Sämtliche Gesellschaftsschulden sind zugleich Schulden der Gesellschafter. Es ist gerade das Wesen der persönlichen Haftung, daß dieselbe unabhängig ist von der Gesellschaft, und es liegt kein Grund vor, diese solidarische Haftung durch Ausscheiden zu beseitigen. Der Ausgeschiedene kann nicht einwenden, er sei nicht mehr Gesellschafter; denn die Schuld, die er damals als Gesellschafter mit eingegangen

war, war verbunden mit der persönlichen, solidarischen Haftpflicht. Es genügt, daß die Schuld als Gesellschaftsschuld entstanden ist, d. h. als „Verbindlichkeit der Gesellschafter, eingegangen von ihnen unter ihrer Firma."[1]) In unserem Falle liegen diese Voraussetzungen vor, da es sich doch eben um „Lieferungs"verträge handelt.

Die so bereits einmal entstandene persönliche und solidarische Haftung, das Hauptmerkmal der OHg., kann durch eine vertragliche Vereinbarung der Gesellschafter untereinander über die Auflösung der Gesellschaft und die Uebernahme des Geschäfts durch einen von ihnen nicht aufgehoben werden. Ein derartiger Vertrag geht die Gläubiger nach außen hin gar nichts an und kann keinerlei Einfluß haben auf die gesetzliche Haftung des Ausgeschiedenen; denn was im Innenverhältnis vereinbart, ist grundsätzlich bedeutungslos für die Haftung nach außen. Das dürfte so nicht nur im Sinne des allgemeinen Handelsverkehrs sein und im Interesse aller Kaufleute liegen, sondern es entspricht auch dem Gesetz: § 128 sagt ausdrücklich, „eine entgegenstehende Vereinbarung ist Dritten gegenüber unwirksam." Ohne Zustimmung des Gläubigers hat die Passivenübernahme nur die interne Wirkung, daß der Ausscheidende von dem Uebernehmenden verlangen kann, ihn von allen Geschäftsverbindlichkeiten zu befreien; er hat darauf einen rechtlich begründeten Anspruch.

Also: Nur Wirkung im Innenverhältnis, nicht im Außenverhältnis; Uebergang mit Wirkung nach außen nur hinsichtlich der Forderungen, nicht hinsichtlich der Schulden.

3. Besondere Fälle des praktischen Handelslebens (Haftentlassungsgründe).

Im vorigen wurde festgestellt, daß grundsätzlich auch der ausgeschiedene Gesellschafter noch aus den von ihm mit abgeschlossenen Lieferungsverträgen persönlich haftbar ist und ohne weiteres von seinen Gläubigern belangt werden kann. Aber es wird im praktischen Handelsleben nur selten vorkommen, daß es bei dieser allgemeinen Haftung bleibt, vielmehr kommen oft allerlei Nebenumstände hinzu, welche den allgemeinen Grund der Forthaftung des Ausgeschiedenen in wesentlich

[1]) Goldmann, § 128 Z. 2.

anderem Lichte erscheinen lassen. Man muß vor allem daran denken, daß der Schuldner nur solange haftet, bis er aus der Haftung entlassen wird[1]). Wann aber eine solche Entlassung erfolgt, d. h. also wann ein sog. „Haftentlassungsgrund“ vorliegt, darüber herrscht in Praxis und Literatur Uneinigkeit. Man hat eine ganze Reihe von Umständen als solche anzusehen versucht, von denen im folgenden nur diejenigen erörtert werden sollen, die zu Streitfragen Anlaß gegeben haben. Es ist selbstverständlich und braucht nicht erst klargestellt zu werden, daß z. B. ein Vertrag, durch den der Gläubiger dem Ausgeschiedenen die Schuld erläßt, zugleich ein Haftentlassungsgrund ist, oder die Genehmigung einer Schuldübernahme, falls man eine solche überhaupt für möglich hält. Es sollen also nur die strittigen Fälle der Gegenstand nachstehender Untersuchungen sein.

a) Lieferung an den Uebernehmer allein.

§ 16.

Es ist zunächst zu berücksichtigen, daß ein Verkäufer, der kraft Kaufvertrags mit einer früheren OHg. zur Lieferung von Waren an dieselbe verpflichtet ist, die Waren nach der Uebernahme des Geschäfts durch einen der beiden Gesellschafter doch sicherlich an den Uebernehmer allein liefern und den Ausgeschiedenen dabei außer Acht lassen wird. Er kann und darf annehmen, daß Waren, die nur in den Bereich gerade des Handgelsgeschäftes gehören, für den ausgeschiedenen Gesellschafter fast stets gar kein Interesse mehr haben können. Diese Auffassung ist besonders verständlich und auch richtig, wenn Auflösung der OHg. und Geschäftsübernahme, wie fast stets üblich, durch Rundschreiben den Gläubigern und Schuldnern mitgeteilt wird. Gerade diese Fälle, in denen ein Zirkular versandt wird, sind von Bedeutung geworden für die Frage, ob der Ausgeschiedene, der doch eigentlich mit der Sache gar nichts mehr zu tun hat und nicht einmal die Waren erhält, deren käuflichen Erwerb er als offener Handelsgesellschafter eingegangen war, nun noch für den Kaufpreis verantwortlich gemacht werden kann oder nicht, oder ob im umgekehrten Falle, wenn die OHg. die Verkäuferin ist, der Ausgeschiedene noch für den aus einer etwaigen Nichterfüllung des Vertrages durch den Uebernehmer erwachsenen Schaden haftbar ist.

[1]) Staub, § 26 Anm. 1.

Wenn ein Verkäufer mit der actro vendiit zwecks Erlangung des Kaufpreises gegen seinen Käufer vorgehen will, so muß er die gekaufte Sache 1. „dem Käufer" übergeben und 2. ihm das Eigentum daran verschaffen (§ 433 Bgb.). An der Uebergabe und der Eigentumsverschaffung soll hier nicht gezweifelt werden, aber es fragt sich, ob der Kläger an den „Käufer" lieferte, indem er an den Uebernehmer allein erfüllte.

Käuferin ist die OHg., die aber nicht mehr besteht. Es steht daher die wichtige Frage offen, ob der Uebernehmer infolge seiner Geschäftsübernahme hier als Käufer anzusehen, die Lieferung also rechtmäßig erfolgt ist, oder nicht, denn es ist mit der Möglichkeit zu rechnen, daß der beklagte Ausgeschiedene geltend macht, er habe die Waren nicht erhalten, daher brauche er auch nicht zu zahlen; der Gläubiger und Kläger habe vielmehr an den Uebernehmer **und** an ihn liefern müssen.

Die Frage, ob an den Uebernehmer mit befreiener Wirkung geliefert werden konnte, wird sofort klar, wenn man bedenkt, daß der Uebernehmer das Handelsgeschäft nicht nur mit den Passiven, sondern auch mit den Aktiven übernommen hat. Hinsichtlich der ersteren konnte zwar weder eine Schuldübernahme zustande kommen, noch liegt ein Erlaßvertrag vor; daher hat die Passivenübernahme nur interne Wirkung. Anders aber bei den Aktiven. Wie oben[1]) dargelegt wurde, ist die Forderung aus dem Kaufvertrag ohne weiteres auf den Uebernehmer übergegangen. Kraft seiner Uebernahme und der darin liegenden Abtretung hat derselbe einen rechtlich begründeten Anspruch gegen den (Gläubiger und) Verkäufer auf Lieferung an ihn. Der Verkäufer ist nicht nur berechtigt, an jenen allein zu leisten, er ist dazu verpflichtet. Das hat allerdings noch die eine Voraussetzung, daß der Verkäufer von der Abtretung Kenntnis erhalten hat, welche meist durch das bereits mehrfach genannte Rundschreiben erfüllt wird. Der Veräußerer hört auf, Gläubiger zu sein, und der Uebernehmer gilt den Schuldnern gegenüber als alleiniger Gläubiger. Das Rundschreiben soll doch eben den Zweck haben, die Gläubiger von dem Fortbestehen des Geschäfts in den Händen des einen der beiden Gesellschafter und dessen nunmehriger Allein-

[1]) s. oben S. 79/80.

verfügungsberechtigung in Kenntnis zu setzen. Es kann daher nicht nur, sondern es muß an den Uebernehmer geleistet werden.

Zwar stand man hier früher auf einem andern Standpunkt. Vor allem das Reichsgericht war früher ganz anderer Meinung. In einem ähnlichen Falle wurde der Kläger abgewiesen, weil

„durch die Uebernahme die Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag, soweit dieser nicht bereits durch Lieferung an die ursprüngliche Käuferin erfüllt war, auf den Uebernehmer übergegangen seien derart, daß Kläger zwar die Lieferung verlangen könne, aber nur gegen Erfüllung der Gegenleistungen, also Zahlung des Kaufpreises; Kläger könne nicht von der ursprünglichen Käuferin den Preis von Waren fordern, die er nicht ihr geliefert."[1])

Demgegenüber erwidern wir, daß der Uebergang der Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrage gar nicht bestritten wird; aber es ist u. E. unmöglich, auf diese Art die gesetzliche Haftung eines Mitschuldners zu beseitigen; denn nach dieser Ansicht des Reichsgerichts läge dann doch unstreitig eine zwangsweise Haftentlassung des Schuldners vor, ohne daß der Gläubiger gefragt wird. Es ist wohl zu beachten, daß der Kläger hier nicht nur aus dem Kaufe, sondern auch aus einer Gesellschaftsverbindlichkeit klagt, für die der Beklagte solidarisch und persönlich, d. h. mit seinem ganzen Vermögen, zu haften hat, ohne Rücksicht darauf, ob er stets Gesellschafter bleibt oder nicht. Später hat das Reichsgericht denn auch seine Ansicht geändert und sagt[2]), daß

„durch die Lieferung an den Uebernehmer allein der Verkäufer allein sein Recht gegen den früheren Inhaber nicht verliert, und daß der Beklagte sich nicht darauf berufen könne, daß die Lieferung nicht an ihn selbst, oder an die Gesellschaft erfolgt sei".

An anderer Stelle[3]) heißt es:

„Im allgemeinen liegt kein Grund vor, zu bezweifeln, daß die Haftung des Gesellschafters für die vor seinem Ausscheiden begründeten Verpflichtungen sich auch auf langfristige Lieferungsverträge erstreckt.

---

1) R.-G. 19, 129—131.
2) R.-G. 31, 47.
3) R.-G. im „Recht" 1912, No. 1541.

Mag es auch bei Verträgen dieser Art oft so liegen, daß der Verkäufer, wenn er in Kenntnis vom Ausscheiden eines Gesellschafters liefert, damit auf dessen Haftung für den Kaufpreis verzichtet, so kann das doch immer nur angenommen werden, wenn besondere Umstände dafür sprechen."

Auch Staub, und mit ihm die große Mehrzahl der Schriftsteller, ist der Ansicht, daß

> eine Entlassung des Veräußerers aus seiner Haftung nicht dadurch erfolgt, daß der Gläubiger die aus einem zweiseitigen Vertrage seinerseits zu machende Leistung an den die Aktiva übernehmenden Erwerber abliefert, daß der Erwerber vielmehr einen rechtlich begründeten Anspruch darauf hat".[1]

Der Ausgeschiedene ist somit auch aus dem bisherigen Vertragsverhältnis gänzlich ausgeschieden, und der andere allein an die Stelle der früheren OHg. getreten. Daraus folgt weiter, daß ersterer auch keinerlei Rechte mehr aus dem Vertrage hat. Die Regelung des Falles ist alleinige Angelegenheit des Erwerbers; dieser kann die Lieferungsfrist verlängern, den Kaufpreis stunden, mahnen usw., wie er es für nötig hält, und wenn der frühere Teilhaber, wie es so häufig vorkommt, noch an derartigen Verhandlungen teilzunehmen wünscht, so ist der Erwerber voll berechtigt, dies abzulehnen; denn er allein ist verfügungsberechtigt. Eine solche Teilnahmeberechtigung an den Verhandlungen über die Stundung läßt sich auch nicht etwa ableiten aus § 740 Bgb., der hier (wie oben beschrieben) analog zur Anwendung kommt; denn dieser Paragraph gibt dem Ausgeschiedenen nur ein Recht auf Auskunft und Rechenschaft bezl. der Abwicklungsgeschäfte, nicht aber ein Mitwirkungsrecht bei der Erledigung derselben; wie Oertmann zutreffend sagt[2]), ist der Ausgeschiedene nicht an den Geschäften, sondern an dem Ergebnis der Geschäfte noch beteiligt.

Ebensowenig, wie der Verkäufer an den ausgeschiedenen Gesellschafter liefern darf, würde letzterer noch die Erfüllung des Vertrages verlangen können; der Verkäufer würde durch Leistung an jenen nicht frei.[3])

---

[1]) Staub, § 26 Anm. 1.
[2]) Oertmann, § 740 Anm.
[3]) ebenso R.-G.; vgl. u. a. 83, 109.

Das Ergebnis dieser Feststellungen wäre also, daß der Uebernehmer sehr wohl als „Käufer" i. S. von § 433 Bgb. anzusehen ist; Kläger hätte damit erfüllt und könnte vom Beklagten die Leistung verlangen, welcher sich nicht darauf berufen kann, es sei nicht an ihn geleistet, daher brauche er auch nicht zu zahlen.

Genau das Gleiche würde sich ergeben, wenn umgekehrt der Ausgeschiedene der Verkäufer, und der Dritte der auf Lieferung bezw. Ersatz wegen Nichterfüllung klagende Käufer wäre; denn ob die Leistung in Geld oder in Waren besteht, ist gleichgültig. Es sei dies zugleich auch für die folgenden Fälle bemerkt.

b) Uebergehung eines zugesandten Rundschreibens.

§ 17.

Ein Haftentlassungsgrund könnte ferner in Frage kommen im Falle stillschweigender Uebergehung eines Rundschreibens. Oft wendet nämlich der auf Zahlung verklagte Ausgeschiedene ein, daß der Gläubiger seiner Rechte gegen ihn verlustig gegangen sei, indem er das Rundschreiben über die Mitteilung des Geschäftsübergangs stillschweigend überging und bedingungslos an den Uebernehmer allein lieferte, ihn selber aber aus seiner Haftung durch diese stillschweigende Genehmigung der Schuldübernahme entlassen habe. Die Unrichtigkeit dieser Auffassung geht schon z. T. aus den obigen Erörterungen über das Rundschreiben[1]) und über die Alleinlieferungen an den Uebernehmer hervor[2]), welch' letztere übrigens nicht etwa identisch sind mit diesem Falle: denn während dort der Ausgeschiedene sich darauf beruft, daß an ihn hätte geleistet werden müssen, macht er doch hier ein völliges Ausscheiden aus dem ganzen Kaufvertragsverhälnis geltend. Dies Ausscheiden ist bereits oben widerlegt worden; eine Entlassung des Schuldners kann unmöglich angenommen werden. Durch die Alleinlieferung an den Erwerber hat der Verkäufer sein Recht gegen beide solidarisch verpflichtete Gesellschafter, d. h. also auch gegen den Ausgeschiedenen, nicht aufgegeben, und an

---

[1]) s. oben S. 45 ff.
[2]) s. oben S. 54 ff.

der gesetzlichen Haftung des letzteren wird nichts geändert. Es muß stets scharf hervorgehoben werden, daß die Abtretung nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht für den Verkäufer bewirkt, die Kaufsache an den Uebernehmer allein zu liefern, und daß er nicht etwa vor die Wahl gestellt ist, entweder an den Uebernehmer allein zu leisten und dadurch den früheren Mitschuldner zu entlassen, oder an beide zusammen, um sich so die Haftung auch des letzteren zu erhalten. Bei dieser Entscheidung hat er gar nicht mitzuwirken. Das Recht auf Lieferung hat der Ausgeschiedene verloren, nicht aber erlischt dadurch seine Haftung aus der von ihm als Gesellschafter mitbegründeten Verbindlichkeit. Und seine Entlassung ist nicht durch die stillschweigende Uebergehung des Rundschreibens bezw. durch die Alleinlieferung an den Uebernehmer erfolgt.[1])

c) Kreditgewährung gegenüber dem Uebernehmer allein.

§ 18.

Den Neuerungen des modernen Handelslebens mit seinem Streben nach Vereinfachung der Verkehrs- und Zahlungsformen entsprechend, findet man selten, daß bei Lieferungsverträgen der Kaufpreis sofort bezahlt wird; vielmehr findet besonders bei größeren Aufträgen fast immer eine Kreditgewährung statt, die sich entweder darstellt als Gewährung von Teilleistungen oder Stundung der Lieferungsfrist, oder als Zahlung in Form von Wechselakzepten.

Es wurde schon erwähnt, daß die Gewährung von Teilleistungen oder Stundung des Kaufpreises alleinige Sache des Uebernehmers ist. Daraus allein, daß sich der Ausgeschiedene daran nicht mehr beteiligt, kann man keinen Haftentlassungsgrund entnehmen. Etwas schwieriger wird diese Frage jedoch bei Allein-Kreditgewährungen. Nehmen wir an, der Gläubiger und Verkäufer habe seine Verpflichtung erfüllt und die Ware an den Uebernehmer der früheren OHg. geliefert, dann aber, mangels Zahlungsfähigkeit des letzteren, diesem Kredit gewährt. Es geschieht dies gewöhnlich in Form von Wechselakzepten, Teilakzepten, da das eine gute Sicherung für den Gläubiger ist, der auf Kredit geliefert hat und nun außer

---

[1]) vgl. hierzu Neum. Jb. 16, S. 479, zu § 128; s. auch R.-G. 31, 47

einer Art Quittung noch eine neue Forderung erhält mit der Möglichkeit, sie selbständig und (im Wechselprozesse) schneller einzuklagen; eine sehr handelsübliche Art der Kreditierung des Kaufpreises, eine Art der Stundung. Durch die Ausstellung des Akzepts geht der Uebernehmer eine neue Schuld ein; denn ein Wechsel ist eine abstrakte Verpflichtung des Ausstellers zur Zahlung des Betrages, unabhängig von dem Grunde der Ausstellung und deren zugrunde liegendem Rechtsgeschäfte. Aber es ist zu betonen, daß dadurch die alte Schuld nicht untergeht; denn nach § 364 Abs. 2 Bgb. besteht die gesetzliche Vermutung, daß ein Wechsel nicht an Erfüllungsstatt, sondern erfüllungshalber gegeben wird. Daraus folgt für unsern Fall, daß die alte Kaufgeldschuld nicht etwa durch Novation aufgehoben ist, und daß der Ausgeschiedene sich nicht darauf berufen kann, (wenn er verklagt wird), daß er infolge der neuen Wechselschuld überhaupt nicht mehr haftbar sei. In dem Akzept ist lediglich „ein Versuch der Zahlung zu erblicken, so daß, wenn die Einlösung nicht erfolgt, der Verkäufer den Käufer immer noch für seine Kaufgeldforderung in Anspruch nehmen kann.“[1]) Der Wechsel wird nur erfüllungshalber gegeben, die alte Schuld erlischt erst im Moment der Zahlung des Wechsels. Der Gläubiger hat sonach zwei Forderungen. Er wird höchstens nach der vermutlichen Absicht der Parteien verpflichtet sein, sich zuerst aus dem gewährten Wechsel zu befriedigen; doch besteht auch diese Pflicht nur nach der vermutlichen Absicht der Parteien und auch nur unter den Parteien; wenn sich der Gläubiger zuerst an den Ausgeschiedenen wendet, so kann das kein Hinderungsgrund dafür sein, die Haftung des Ausgeschiedenen wird durch das Akzept in keiner Weise beeinflußt.

Soviel über die allgemeine Natur des Wechsels. Aber der „Beklagte“ wird sich mit diesem von vornherein aussichtslosen Vorbringen nicht begnügen. Die Akzeptierung ist nämlich nur durch den Uebernehmer erfolgt; denn nur Allein-Kreditgewährungen sollen der Gegenstand dieses Kapitels sein. Man kann die Ansicht vertreten, der Gläubiger und Verkäufer habe durch die Annahme des Akzeptes von dem Uebernehmer allein seiner Absicht Ausdruck gegeben, an letzteren allein auf dessen Kredit zu liefern, den Ausgeschiedenen aber aus der Haftung ent-

---

1) R.-G. 31, 109.

lassen; andernfalls hätte er auch das Akzept des Ausgeschiedenen verlangen müssen. Diese Anschauung ist früher besonders vom Reichsgericht vertreten worden.[1]) Dasselbe gründet seine Ansicht auf die Tatsache, daß dem Uebernehmer allein geliefert und Kredit gewährt sei, dem Ausgeschiedenen dagegen nicht, und daß daraus eine Anspruchsaufgabe gegen letzteren zu entnehmen sei. Dieser Auffassung können wir jedoch nicht beitreten. Mit Recht ist dieselbe damals in der Literatur scharf angegriffen und durch spätere Entscheidungen des Reichsgerichts erheblich eingeschränkt worden.[2]) Die Gründe, aus denen wir uns dem Reichsgericht nicht anschließen können, sind folgende:

Zunächst ist es nicht einzusehen, weshalb ein Gläubiger, der eine Forderung gegen zwei Gesamtschuldner hat und einem von diesen Kredit gewährt, dadurch seine Forderung gegen den andern aufgeben soll. Wenn auch gewiß die Forderung des Gläubigers erlischt, sobald einer der Gesamtschuldner gezahlt hat, oder umgekehrt die Schuld erlischt mit der Zahlung an einen der Gesamtgläubiger, so darf man doch nicht so weit gehen, auch bei Kreditgewährung gegenüber dem einen eine Haftentlassung des andern anzunehmen. Dem steht auch § 421 Bgb. entgegen, der ausdrücklich sagt:

„Bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämtliche Schuldner verpflichtet."

Es ist u. E. unmöglich, daß durch eine derart indifferente Willenserklärung wie eine Kreditgewährung so weittragende Wirkungen herbeigeführt werden sollen. Wenn der Gläubiger einen von den Gesamtschuldnern herausgreift und verklagt, so erlischt doch dadurch auch nicht sein Recht gegen die übrigen. Vielmehr hat der Gläubiger hier nur so gehandelt, wie er nach Empfang des Rundschreibens — dieses soll, wie oben gesagt, Voraussetzung sein — und auf Grund der Sachlage handeln durfte und mußte, und zu den Folgen des Rundschreibens gehört das Alleinverhandeln mit dem Uebernehmer, und dazu ganz natürlich auch die Annahme des Alleinakzepts. Soll man von ihm verlangen, daß er noch außerdem den früheren Ge-

---

[1]) R.-G. 31, 45.

[2]) Jur. W. 01, 63 No. 15; 13, 324 No. 9; R.-G. im Sächs. Arch. 12, 719, und bei Holdheim, 12, 179, vgl. auch Lehmannin Neum. Jb. 16. 479, zu § 128.

sellschafter des Akzepts wegen zuzieht, der womöglich gar nicht mehr am Orte, oder unauffindbar ist? Es würde doch entschieden zu weit gehen, wollte man erst noch diesen fragen, der doch gar nichts mehr mit dem Geschäft zu tun hat. Wenn der Verkäufer daher mit dem Uebernehmer allein verhandelt, und ihm auch allein Kredit gewährt, so ist das durchaus verständlich und berechtigt. Aber diese stillschweigende Form genügt u. E. nicht zur Aufhebung der gesetzlichen Haftung des andern Gesamtschuldners; eine solche Art der Haftentlassung ist nicht „schlüssig" genug, und eine Haftenlassung „darf nur unter wirklich schlüssigen Umständen angenommen werden."[1])
Es soll die Frage nun auch nach den Gesichtspunkten der Billigkeit und Zweckmäßigkeit geprüft werden.

Da ist zunächst zu bemerken, daß der Ausgeschiedene sehr im Nachteil ist insofern, als er keine Kontrolle mehr hat über die weitere Gestaltung des Vertragsverhältnisses, trotzdem aber für den Kaufpreis haften soll. Er ist aus dem Geschäft gänzlich ausgeschieden und hat sich mit dem früheren Teilhaber auseinandergesetzt, er will mit der Sache nichts mehr zu tun haben. Zum Schutze der Gläubiger besteht seine Forthaftung, und zwar nur zum Schutze der Gläubiger; Forthaftung von Verbindlichkeiten, bei deren Eingehung er noch selber mitgewirkt hat, an denen er beteiligt war, vielleicht ein großes Interesse hatte. Meist wird es sich handeln um gemeinsame Schulden der Gesellschafter, an die das Gesetz dabei denkt, Schulden, deren Gegenleistung bereits an die Gesellschaft bewirkt war. Aber hier, mit dem Kaufvertrage, hat's eine besondere Bewandtnis. Hier handelt es sich um die Haftung für die Erfüllung des Kaufvertrages. Das Besondere ist, daß der Ausgeschiedene nicht einmal die Waren zu sehen bekommt; er ist überhaupt nicht mehr an der Erledigung des Vertrages beteiligt — denn er hat ja alle Rechte und Pflichten an seinen früheren Teilhaber abgetreten —, kann auch in keiner Weise mehr auf die Erfüllung einwirken, und trotzdem soll er doch für den Kaufpreis einstehen. Diese Tatsache gibt ganz entschieden zu denken. Wäre es nicht möglich, das Geschäft von dem

---

[1]) R.-G. Jur. W. 13, 325 No. 9. Ebenso Staub, § 26 Anm. 1, Düringer-Hachenburg § 128 Anm. 17, sowie die Mehrzahl der andern Schriftsteller.

Momente der Uebernahme an lediglich als unter den neuen Parteien geltend anzusehen? Wäre damit nicht beiden Parteien gedient? — Dem Gläubiger dann ja, wenn er die Waren zurückbehalten könnte, falls ihm der Uebernehmer allein nicht kreditfähig genug erscheint. Aber eben darin liegt ja gerade die Wichtigkeit der Haftung: Der Gläubiger hat nicht das Recht, die Ware zurückzubehalten, der Uebernehmer hat kraft seiner Uebernahme einen rechtlichen Anspruch auf Erfüllung des Kaufvertrages durch den Verkäufer, d. h. also auf Lieferung der gekauften Waren, ein Recht, welches nicht einfach erlischt, sondern aus dem der Verkäufer nach wie vor verpflichtet ist. Und diese Verpflichtung erfordert auch einen Schutz für ihn; denn während früher zwei Gesellschafter da waren, an die er sich halten konnte, mit Rücksicht auf die er vielleicht den Vertrag nur abgeschlossen hat, ist das Geschäft jetzt auf einen einzelnen übergegangen. Die Verbindlichkeit war aber bereits vor der Auflösung der Gesellschaft entstanden, mithin hat der Veräußerer einzustehen, er kann ja im Innenverhältnis Regreß nehmen an den Uebernehmer. Aus diesem Grunde muß man die auf den ersten Blick unbillig erscheinende Weiterhaftung als gerechtfertigt anerkennen. Man muß zugeben, daß derartige Fälle etwas eigenartig liegen, und daß es direkt ungerecht scheint, den Ausgeschiedenen den Preis von Waren bezahlen zu lassen, die er nie erhalten hat. Aber eben weil er nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht aus dem Kaufvertrage noch während seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft begründet hatte, muß er nun auch für die Erfüllung einstehen. Er hat ja seine Sicherung im Innenverhältnis und muß das mit seinem Teilhaber ausmachen. Der Gläubiger muß aber vor allen Dingen seine Sicherung behalten; denn auch er kann die Erfüllung des Vertrages verlangen und wird oft großes Interesse daran haben, zumal er sich sagen kann, daß er noch den Ausgeschiedenen hat, an den er sich halten kann.

Man denke auch an den im Handelsleben so oft vorkommenden Fall, daß ein Gesellschafter abgestoßen und das Geschäft von dem andern übernommen wird, weil es nicht mehr rentabel erscheint und der Konkurs vorauszusehen ist, und weil man durch die Abfindung des Ausgeschiedenen noch einen Teil des Kapitals zu retten versucht, um später von neuem an-

fangen zu können. Hier ist doch eine strenge Haftung sehr am Platze. Wenn man natürlich auch nicht allgemein auf solche Absichten schließen kann, so ist das doch immerhin ein Grund, der in Anbetracht seines häufigen Vorkommens die strenge Forthaftung ausgeschiedener Gesellschafter besonders rechtfertigt und verständlich erscheinen läßt.

Aber wie aus den Gründen über die Pflicht des Verkäufers zur Erfüllung und seiner Nichtberechtigung, die Waren zurückzubehalten, ersichtlich ist, kann man auch vom rechtlichen Standpunkte aus in der Allein-Kreditgewährung gegenüber dem Uebernehmer keinen Entlassungsgrund für den Ausgeschiedenen erblicken. Gewiß hat sich das Reichsgericht sehr von den Grundsätzen der Billigkeit leiten lassen, wenn es sagt:[1])

„Der Beklagte könne deshalb nicht mehr in Anspruch genommen werden, weil der Gesellschafter sonst in Fällen der vorliegenden Art noch nach Jahren hinaus aus Geschäften in Anspruch genommen werden könnte, deren ordnungsmäßige und rechtzeitige Abwicklung durch den Uebernehmer er erwarten kann. Das widerspräche sowohl den Bedürfnissen des Handelsverkehrs wie auch den Anschauungen des Handelsstandes, während der Gläubiger der früheren Gesellschaft bei Beobachtung kaufmännischer Sorgfalt völlig gesichert und in seinem Rechte nicht beeinträchtigt sei."

Wie schon bemerkt, treffen diese Ansichten u. E. scheinbar zu vom Standpunkt der Billigkeit aus betrachtet; aber sie sind nicht in Einklang zu bringen mit den gesetzlichen Bestimmungen. Ebenso Staub, Düringer-Hachenburg[2]) und fast die gesamte Literatur.

Aber auch das Reichsgericht ist von seinem Standpunkte bereits abgewichen. Während es ursprünglich[3]) schon in der Nichtlieferung auch an den früheren Gesellschafter und Mitkontrahenten, und später[4]) in gewissen Kreditierungshandlungen einen Entlassungsgrund für den Ausgeschiedenen sah, näherte es sich bereits in Bezug auf die Haftung aus Dienst-

---

1) R.-G. 31, 45.
2) Staub, § 26 Anm. 1; Dür.-Hachenburg § 128 Anm. 17.
3) R.-G. 19, 129.
4) R.-G. 31, 45 ff.

verträgen[1]), die durch Leistung der Dienste an den Uebernehmer des Geschäfts fortgesetzt werden, der hier vertretenen Auffassung, und in der neueren Rechtsprechung[2]) ist es wesentlich anderer Meinung geworden, indem es die frühere Entscheidung damit entschuldigt, daß der „Beklagte keine Kontrollmöglichkeit mehr gehabt habe zur ordnungsmäßigen und rechtzeitigen Abwicklung der Geschäfte". Doch ist darauf u. E. zu erwidern, daß er diese Möglichkeit gar nicht haben soll; er hat ja doch seine Rechte abgetreten. Daher ist auch der Uebernehmer nicht verpflichtet, sich in seinen Entscheidungen betr. den Kaufvertrag beeinflussen zu lassen und dem Ausgeschiedenen die Teilnahme an derartigen Verhandlungen zu gestatten. Der letztere ist ganz aus dem Handelsgeschäft ausgeschieden, nur haftet er noch für die vor seinem Austritt entstandenen Gesellschaftsverbindlichkeiten, und zu diesen gehört auch die Schuld aus dem Lieferungsvertrage. Zu der früheren Ansicht des Reichsgerichts bemerkt Lehmann sehr treffend, daß „man eingesehen habe, daß der Schluß auf stillschweigende Befreiung aus der Kreditierung einen direkten logischen Fehler und eine willkürliche Fiktion zu einem guten Zwecke bedeutet".[3])

Jedenfalls ergibt sich, daß der Ausgeschiedene durch das Akzept des Uebernehmers allein nicht von seiner Haftung frei wird, und daß ein derartiger Einwand als unbegründet zurückzuweisen wäre.

Die angeführten Beispiele zeigen deutlich, daß die gesetzliche Forthaftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters nicht leicht zu beseitigen ist, und daß eine Haftentlassung nur in wirklich schlüssigen, ausdrücklichen Fällen angenommen werden kann.

---

1) 36, 51 ff.
2) Jur. W. 01, 63 No. 15, 13, 324 No. 9.
3) Lehmann in Neum. Jb. Bd. 6, S. 479 zu § 128.

Lebenslauf.

Am 31. Oktober 1896 wurde ich als Sohn des Apothekenbesitzers und Chemikers Martin Diester zu Köln-Lindenthal geboren. Ich bin evangelischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger. In meiner frühen Jugend siedelten meine Eltern nach Langerfeld-Barmen (Kreis Schwelm) über. Ostern 1906 kam ich auf das Realgymnasium zu Schwelm, an welchem ich am 8. August 1914 die Notreifeprüfung bestand. Wenige Tage darauf trat ich als Kriegsfreiwilliger und später als Fahnenjunker in den Heeresdienst und nahm im Frühjahr 1915 am Feldzuge gegen Frankreich teil. Wegen eines im Felde zugezogenen Leidens 1916 aus dem Heeresdienste entlassen, widmete ich mich seit Juni 1916 bis Weihnachten 1918 dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften in Bonn und von Januar 1919 bis zur Ablegung der ersten juristischen Prüfung in Marburg. Die erste juristische Prüfung bestand ich am 9. Juli 1919 am Oberlandesgericht zu Kassel mit dem Prädikat „gut". Seit dem 16. September bin ich im Vorbereitungsdienste tätig und augenblicklich beim Amtsgericht in Schwelm. Am 4. Dezember 1919 bestand ich das mündliche Doktorexamen mit dem Prädikat „cum laude".